

Yolanda Jaimes Guerrero
Magistrada



DOCTRINA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA

(ENERO-DICIEMBRE 2009)

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
Colección Doctrina Judicial N° 43
Caracas / Venezuela / 2010

KHW3265

J25

2010

Jaimes Guerrero, Yolanda

Doctrina Contencioso Administrativa y Tributaria, Enero-Diciembre 2009 – Yolanda Jaimes Guerrero – Caracas : Tribunal Supremo de Justicia, 2010.

186 p. (Colección Doctrina Judicial, N° 43)

- 1. Jurisprudencia administrativa -- Venezuela.**
- 2. Derecho administrativo -- Venezuela.**
- 3. Jurisdicción administrativa -- Venezuela.**
- 4. Recurso contencioso administrativo**
- 5. Recurso contencioso tributario**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Doctrina Judicial - N° 43
Fernando Parra Aranguren, Director
Depósito Legal lf:
ISBN:
Depósito Legal lf:
ISBN:

Yolanda Jaimes Guerrero
Magistrada

**DOCTRINA
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVA
Y TRIBUTARIA
(Enero-Diciembre 2009)**

**Tribunal Supremo de Justicia
Colección Doctrina Judicial, N° 43
Caracas/Venezuela/2010**

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dra. Luisa Estella Morales Lamuño
*Presidenta del Tribunal
y Presidenta de la Sala*
Dr. Francisco Antonio Carrasquero López
Vicepresidente de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera
Dr. Pedro Rafael Rondón Haaz
Dr. Marcos Tulio Dugarte Padrón
Dra. Carmen Zuleta de Merchán
Dr. Arcadio Delgado Rosales

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
*Segundo Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Luis Martínez Hernández
Vicepresidente de la Sala
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
Dr. Juan José Núñez Calderón
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
*Primer Vicepresidente del Tribunal
y Presidente de la Sala*
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Rafael Valbuena Cordero
Dr. Luis Eduardo Franceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Elvigia Porras de Roa

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dra. Evelyn Margarita Marrero Ortiz
Presidenta de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Levis Ignacio Zerpa
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Dr. Emiro Antonio García Rosas

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dra. Yris Armenia Peña Espinoza
Presidenta de la Sala
Dra. Isbelia Josefina Pérez Velásquez
Vicepresidenta de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Dr. Carlos Oberto Vélez
Dr. Luis Antonio Ortiz Hernández

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Eladio Ramón Aponte Aponte
Presidente de la Sala
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Vicepresidenta de la Sala
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores
Dra. Miriam del Valle Morandy Mijares



Palabras Preliminares

En el marco de las iniciativas de este Tribunal Supremo de Justicia, orientadas a la difusión de los valores científicos y culturales, debe destacarse la labor encomendada a la Fundación Gaceta Forense, consistente en su cotidiana labor de publicación y difusión de trabajos, ensayos y estudios, producto del intelecto de nuestra comunidad jurídica, enmarcados todos dentro de un sano espíritu de contribución académica y profesional de la ciencia del Derecho.

Es así como la Fundación Gaceta Forense ha venido desplegando un trabajo editorial publicando diversas colecciones y series que han obtenido un elevado prestigio y aceptación en nuestro foro, dentro de las que destacan: i) Colección Estudios Jurídicos; ii) Colección Nuevos Autores; iii) Colección Libros Homenaje; iv) Serie Eventos; v) Colección Doctrina Judicial; vi) Serie Normativa; vii) la Revista de Derecho; y viii) Varios.

Todas y cada una de tales colecciones y series se publican respetando los conceptos y expresiones usadas por sus autores, pero eximiendo, de

igual forma, de toda solidaridad, responsabilidad o vinculación formal para con este digno Tribunal Supremo y a sus autoridades.

Con lo cual, es así como esperamos que esta nueva publicación –que por las presentes palabras preliminares se introduce en la ya extensa biblioteca de ediciones de nuestro digno Tribunal–, sea acogida con entusiasmo y beneplácito por nuestra comunidad jurídica, y logre enriquecer también su rigor científico y académico para el beneficio de nuestro foro.

Caracas, abril de 2010

Luisa Estella Morales Lamuño

Índice General

Presentación, Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero	15
---	-----------

CAPÍTULO I CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. Aspectos constitucionales y principios de derecho público	19
1.1 Alcance del principio de legalidad presupuestaria como límite del derecho a ejecutar los fallos judiciales	19
1.2 Alcance del derecho de participación de los padres y representantes en la educación de sus hijos	21
1.3 Derecho de acceso a la educación: alcance y límites ..	23
1.4 El derecho fundamental a los valores de la cultura. Incompetencia de los municipios para otorgar la orden de demolición de bienes protegidos culturalmente	26
2. Aspectos procesales	29
2.1 Cuando las cuestiones previas hayan sido subsanadas voluntariamente no procede abrir la articulación probatoria, sino que en su lugar se debe resolver acerca de si estuvieron bien o mal subsanadas	29

2.2	La inactividad procesal verificada durante la segunda etapa de la relación no produce la perención de la instancia	31
2.3	La indicación del domicilio procesal, a tenor de lo establecido en el artículo 174 del CPC, no está sujeto a un lapso determinado	33
2.4	La interposición del recurso de revisión no posee, en principio, efectos suspensivos	35
2.5	Posibilidad de reformar varias veces la demanda	37
3.	Contratos administrativos	39
3.1	Diferencias entre extinción y resolución del contrato de concesión	39
3.2	Flexibilización de la exigencia relativa a que se acompañe una copia de los contratos de los cuales se deriva la responsabilidad contractual	40
3.3	La exigencia relativa a la presentación de la solvencia laboral para participar en el proceso de selección de contratistas no vulnera el derecho constitucional a la libertad económica	43
3.4	La prohibición de ceder los contratos de obra no se traduce en la imposibilidad de ceder los créditos que de éstos resulten	45
3.5	La vía idónea para impugnar los actos administrativos relacionados con el cumplimiento de los contratos administrativos es la demanda, en lugar del recurso de nulidad	46
3.6	Marco constitucional y legal de la contratación sobre terrenos ejidos. Limitaciones derivadas de las zonas declaradas parques o de uso recreacional	48
4.	Derecho marcario	51
4.1	Elementos a considerar para determinar si la similitud entre dos marcas es lo suficientemente relevante para impedir su coexistencia en el mercado. Especial referencia a las marcas complejas	51

5. Funcionarial y régimen disciplinario	54
5.1 El abandono o renuncia de la denuncia que da inicio al procedimiento disciplinario incoado contra un juez o jueza no se traduce en la extinción de dicho procedimiento	54
5.2 La determinación de responsabilidad administrativa es de naturaleza personal, lo cual puede traducirse en decisiones distintas para varios sujetos involucrados en un mismo hecho	55
5.3 La prestación de servicios por parte del personal docente de universidades nacionales tiene el carácter de empleo público	56
6. Procedimientos especiales	57
6.1 El lapso para que tenga lugar la fase de conciliación en los procedimientos previstos para ventilar las controversias administrativas y los conflictos de autoridades debe ser ordenado por el juez	57
6.2 Estando pendiente el trámite del arreglo amigable previsto en la ley de expropiación por causa de utilidad pública no podrá plantearse en sede judicial pretensión de daños y perjuicios derivada del decreto de afectación	58
6.3 El procedimiento para tramitar las vías de hecho es el previsto para los recursos de nulidad contra actos administrativos	59
6.4 El recurso de abstención o carencia se extiende a cualquier incumplimiento de la administración pública, sin distinguir entre acciones genéricas o específicas, pudiendo también interponerse en aquellos casos en que opera el silencio administrativo	63
6.5 Las acciones por estimación e intimación de honorarios profesionales derivadas de una condenatoria en costas, prescriben a los 10 años en lugar de los dos años a que alude el artículo 1.982 del Código Civil ...	68

7. Régimen municipal	70
7.1 La declaratoria de un área como zona de seguridad no se traduce en una violación a la autonomía municipal	70
7.2 La revisión por parte del contralor general de la república de los concursos realizados por la elección de los contralores municipales no vulnera la autonomía municipal	71
7.3 Régimen de designación del síndico o síndica procuradora municipal y administración del personal adscrito a la sindicatura	73
7.4 Régimen de representación judicial del municipio y el otorgamiento de poderes en nombre de esa entidad ...	77
8. Responsabilidad	79
8.1 Las indemnizaciones que consistan en el cumplimiento de obligaciones de hacer no pueden involucrar la tutela de intereses colectivos y difusos	79
8.2 Limitaciones al régimen de responsabilidad del estado por las fallas en la prestación del servicio eléctrico	81
8.3 Régimen de responsabilidad del estado legislador	83
8.4 Régimen de responsabilidad por enfermedades profesionales	85
9. Teoría de los actos administrativos y procedimientos administrativos	89
9.1 No resulta necesario abrir un procedimiento administrativo, a los fines de que la administración pública ejerza la correspondiente potestad revocatoria	89
9.2 Para el otorgamiento de licencias obligatorias en materia de productos farmacéuticos, la administración pública debe notificar a los titulares de la respectiva patente del inicio de dicho procedimiento administrativo	91

CAPÍTULO II TRIBUTARIO

1. Aduanas	95
1.1 Abandono legal. La adjudicación directa a la república procederá dependiendo, entre otros supuestos, del interés social de las mercaderías abandonadas, conforme a lo previsto en la ley orgánica de aduanas	95
1.2 La mercancía sujeta a admisión temporal es obligatorio reexpedirla en su totalidad en el plazo que dispuso la autorización otorgada por la administración aduanera	98
2. Derecho sustantivo tributario	101
2.1 Ajuste por inflación. Es procedente su traspaso en la pérdida netas de explotación no compensadas en el impuesto sobre la renta	101
2.2 Base imponible para calcular los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV) es el salario normal	104
2.3 Cheque. No se reconoce el pago del impuesto al no ser efectivamente cobrado	108
2.4 Debe comprobarse la existencia de los supuestos necesarios para la excepcional aplicación de la determinación sobre base presuntiva	110
2.5 El lapso de prescripción en materia de impuesto sobre la renta comenzará a computarse en el momento en que nace la obligación de pago	113
2.6 Improcedencia de modificar la motivación del acta fiscal en la resolución culminatoria del sumario administrativo	116
2.7 Las sociedades que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales no son sujetos pasivos del aporte del Ince	119
2.8 Los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV) son de naturaleza tributaria	120

2.9	Multas tributarias. Su cálculo debe reconocer de forma gradual las atenuantes y/o agravantes	121
2.10	Procedencia de la retención del Impuesto sobre la Renta sobre pagos de servicios públicos (año fiscal 1995)	125
2.11	Se tomará el tipo de cambio legal de la moneda en la oportunidad en que ocurrió el hecho imponible, en materia de Impuesto al Valor Agregado	130
2.12	Suspensión del lapso de prescripción cuando se tramita una solicitud de remisión tributaria	133
2.13	Requisitos legales para la exoneración del Impuesto sobre la Renta de los intereses devengados sobre participaciones en los fondos de activos líquidos y las mesas de dinero	134
3.	Entes susceptibles de revisar en consulta, conforme lo previsto en el artículo 72 del Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (Gaceta Oficial No. 5.892 extraordinario del 31 de julio de 2008)	137
3.1	Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)	137
3.2	CVG Aluminio del Caroní, C.A.....	138
3.3	Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE).....	139
3.4	Siderúrgica del Orinoco (SIDOR), C.A.....	140
4.	Medidas Cautelares	142
4.1	El riesgo en la percepción de los conceptos tributarios adeudados, aun cuando no hayan sido determinados o no sean exigibles, es una circunstancia capaz para dictar medida cautelar conforme el art. 296 del COT	142

4.2	Las medidas cautelares no pierden vigencia por el solo hecho de dictarse sentencia en el juicio principal, sino que se requiere que la misma haya quedado firme	147
4.3	Los instrumentos requeridos al licenciado en materia contable para fines judiciales o administrativos deben ir acompañados de su opinión o dictamen ...	149
5.	Recurso Contencioso Tributario	152
5.1	Abocamiento del juez. Improcedencia de su notificación cuando las partes están a derecho	152
5.2	Base fija o establecimiento permanente como factor de conexión para determinar el Tribunal competente en obligaciones tributarias municipales	154
5.3	El acta de visita del INCE es un acto de trámite, por lo tanto, no es recurrible	158
5.4	Expediente administrativo tributario. Las actas poseen valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate	160
5.5	Improcedencia de la notificación del Contralor Municipal en los juicios Contencioso Tributarios	162
5.6	Improcedencia de la notificación a las partes por una sentencia (de admisión) cuando es dictada dentro del lapso de diferimiento	164
5.7	Litispendencia en materia tributaria cuando se instauran dos juicios, contra la denegación tácita y contra el recurso jerárquico que fue decidido tardíamente	166
5.8	Reposición de la causa por error en el auto de admisión del Recurso Contencioso Tributario	168
5.9	Responsabilidad solidaria de los Directores, Gerentes o Representantes de las personas jurídicas, incluye también las cantidades accesorias de las obligaciones tributarias	170
5.10	Sistema Venezolano de Información Tributaria (SIVIT). Su registro no constituye un requisito para demostrar la existencia de créditos fiscales	173

6. JUICIO EJECUTIVO	175
6.1 El acta de intimación de derechos pendientes es un documento fundamental del juicio ejecutivo	175
6.2 El Despacho Saneador debe notificarse al Fisco Nacional	179
6.3 Resulta improcedente justificar el riesgo en los juicios ejecutivos en razón de que sólo se debe demostrar que sea líquida y exigible la obligación tributaria.....	181

Presentación

En un Estado social de derecho y de justicia, brindar herramientas jurídicas que contribuyan a la actualización de los más recientes criterios de este Alto Tribunal, constituye un compromiso. En este sentido, como Magistrada de la Sala Político-Administrativa, asumo el reto para abonar el camino con ese propósito para darle continuidad.

Incansables en nuestro trabajo, pretendemos con esta obra ofrecer una vez más, las recientes tendencias jurisprudenciales en el área del contencioso administrativo y tributario.

Creemos que el derecho debe adaptarse a la realidad social y su aplicación se traduce en una obligación para quienes lo interpretan y más arduo aún, para aquellos llamados a desempeñar la muy difícil tarea de *administrar justicia*. Por ésta, entre otras razones, estamos comprometidos a divulgar nuestra doctrina con el propósito no sólo de aportar herramientas novedosas, sino de abrir espacios a la crítica constructiva que nos permita avanzar con el dinamismo que se impone para la adecuación del marco jurídico existente a las circunstancias fácticas de nuestro país, comprometido con cambios constantes que urgen por una sociedad justa para todos y todas.

Nuestro deseo no es otro que el de enriquecer el trabajo jurisprudencial publicado en años recientes, innovando criterios, ratificando algunos y abandonando aquellos que no responden a esta nueva realidad.

En la presente publicación hemos escogido las sentencias que consideramos más relevantes en el contencioso administrativo, atinente a aspectos constitucionales y principios de derecho público, aspectos procesales, contratos administrativos, derecho marcario, funcionarial y régimen disciplinario, procedimientos especiales, régimen municipal, régimen de responsabilidad, teoría de los actos administrativos y procedimientos administrativos.

En el contencioso tributario, se abordan temas relacionados con materia de aduanas, derecho sustantivo tributario, consultas obligatorias (Artículo 72 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República), medidas cautelares, recurso contencioso tributario y juicio ejecutivo.

Estamos a la espera de una nueva Ley de Justicia Administrativa que habrá de promulgarse con apego a los cambios que el Estado ha venido impulsando mediante nuevas normas ya dictadas. Sin duda será una herramienta que contribuirá aún más en la armonización del marco jurídico vigente.

Aspiramos que esta obra, al igual que las anteriores, sea de utilidad para todos aquellos y aquellas que aman el Derecho y particularmente para quienes tienen especial interés en la intrincada y amplia rama del contencioso administrativo y tributario.

Mi reconocimiento obligado a las profesionales Natalí Capriles de Yáñez, Abogada Asistente de este Despacho, Alicia González Quintero, Abogada Adjunta y Belinda Paz Calzadilla, Abogada Auxiliar II, por su valiosa ayuda para hacer posible esta publicación.

Caracas, Marzo de 2010

Yolanda Jaimes Guerrero

Capítulo I
Contencioso Administrativo

1. Aspectos constitucionales y principios de derecho público

1.1 Alcance del principio de legalidad presupuestaria como límite del derecho a ejecutar los fallos judiciales

Sentencia N°: 00036
Fecha: 21-01-09
Caso: Promociones Terra Cardón C.A. vs República Bolivariana de Venezuela.

No obstante las anteriores consideraciones, resulta innegable que en el contencioso administrativo, respecto al (...) derecho de ejecución, pesan determinadas limitaciones que responden, entre otros aspectos, a lo establecido en el artículo 314 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 57 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Sector Público, que disponen:

Artículo 314. *'No se hará ningún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto. Sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender la respectiva erogación; a este efecto, se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional, o en su defecto, de la Comisión delegada'.* (Destacado de la Sala).

Artículo 57. *‘Los compromisos originados en sentencia judicial firme con autoridad de cosa juzgada o reconocidos administrativamente de conformidad con los procedimientos establecidos en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en el reglamento de esta Ley, así como los derivados de reintegros que deban efectuarse por concepto de tributos recaudados en exceso, se pagarán con cargo al crédito presupuestario que, a tal efecto, se incluirá en el respectivo presupuesto de gastos’.* (Destacado de la Sala).

En sintonía con lo establecido en las normas anteriormente citadas y muy especialmente al principio de legalidad presupuestaria, esta Sala Político-Administrativa dictó en el caso, como ya se dijo, la sentencia Nro. 01017 de fecha 14 de junio de 2007.

Conforme se aprecia del contenido de la sentencia anteriormente transcrita, se dio estricto cumplimiento a las prerrogativas de que goza la República en fase de ejecución, acordándose que la satisfacción de la condena establecida en el fallo dictado en su contra, se materializara con la inclusión de los respectivos montos en las partidas presupuestarias de los años 2008 y 2009, en correspondencia con lo previsto en el artículo 86 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República publicado en la Gaceta Oficial Nro. 5.554 de fecha 12 de noviembre de 2001, que dispone: *‘(...) el Tribunal, a petición de la parte interesada, debe ordenar que se incluya el monto a pagar en la partida respectiva de los próximos dos ejercicios presupuestarios, a cuyo efecto debe enviar al Procurador o Procuradora General de la República copia certificada de la decisión, la cual debe ser remitida al organismo correspondiente. El monto que se ordene pagar debe ser cargado a una partida presupuestaria no imputable a programas’.* Sin embargo, el dispositivo del fallo definitivo sigue sin ser cumplido y al respecto resultan pertinentes las siguientes consideraciones:

El diseño del presupuesto de un Estado, implica la intervención de factores que en ocasiones responden a situaciones imponderables, que deben ser atendidas de forma perentoria en favor del interés público y la satisfacción de tales necesidades no excluye a los particulares, conforme lo dispone el artículo 135 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

Las obligaciones que correspondan al Estado, conforme a esta Constitución y a la ley, en cumplimiento de los fines del bienestar social general, no excluyen las que, en virtud de la solidaridad y responsabilidad social y asistencia humanitaria, correspondan a los o a las particulares según su capacidad. La ley proveerá lo

conducente para imponer el cumplimiento de estas obligaciones en los casos en que fuere necesario. Quienes aspiren al ejercicio de cualquier profesión, tienen el deber de prestar servicio a la comunidad durante el tiempo, lugar y condiciones que determine la Ley.

Al amparo de lo anteriormente expuesto, visto que a la fecha ha resultado imposible que la República (...) dé cumplimiento al decreto de ejecución forzosa contenido en la decisión Nro. 01017 de fecha 14 de junio de 2007, toda vez que ya expiró la oportunidad de incluir las cantidades objeto de la condena en las partidas presupuestarias de los ejercicios económicos correspondientes a los años 2008 y 2009 y atendiendo a la petición de la parte actora, así como al referido principio de legalidad presupuestaria, se ordena que las mencionadas cantidades sean incluidas en los presupuestos correspondientes a los años 2010 y 2011, a los efectos de que la República tome las previsiones que sean necesarias para dar efectivo cumplimiento y acate lo dispuesto por esta Máxima Instancia en la decisión antes mencionada.

1.2 Alcance del derecho de participación de los padres y representantes en la educación de sus hijos

Sentencia N°: 01425
Fecha: 08-10-09
Caso: Red de Padres y Representantes vs Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y el Ministerio del Poder Popular para la Educación.

Al respecto, en la referida sentencia se precisó la facultad de la Asamblea General Extraordinaria de Padres, Madres y Representantes para determinar la tarifa que debe ser sufragada por concepto de matrícula y mensualidades en los planteles privados. Sin embargo, se enfatizó el carácter de *servicio público* que ostenta la educación, según el enunciado del artículo 102 constitucional, en virtud del cual, el Estado asumió la responsabilidad de convertir a la educación en un instrumento para la formación de los ciudadanos y las ciudadanas, siguiendo los valores de la identidad nacional a los fines de lograr las transformaciones sociales, con la participación de las familias y de la sociedad.

De la declaratoria anterior se evidencia que el derecho de participación de los padres y representantes no es un derecho absoluto sino restringido por el

carácter de servicio público que lo distingue y en razón de ello, la Sala en la citada sentencia del 4 de marzo de 2009, declaró que *‘..corresponde al Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Poder Popular para la Educación, vigilar e inspeccionar las actividades educativas que realizan las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y proveer a su protección; ello implica el control sobre la estructura, organización y funcionamiento de la educación privada en el país, velando así por el cumplimiento de un fin esencial del Estado como lo es el acceso a la educación...’*.

Asimismo, la Sala destacó que los Ministerios involucrados ([d]el Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y (...) del Poder Popular para la Educación), en la emisión de la Resolución Conjunta N° 253/131 también impugnada en el presente caso, *‘...ejercieron sus potestades de control de la labor desempeñada por los particulares dedicados a la prestación de servicios educativos en el territorio nacional; el primero por ser el competente para fijar tarifas y precios de servicios públicos esenciales en el territorio nacional, y el segundo, por ser el competente para regular, planificar y supervisar la educación en el país...’*.

A su vez se debe precisar que el criterio expuesto tiene como fundamento el contenido de la Resolución Conjunta N° 182/28 emanada del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y el Ministerio del Poder Popular para la Educación y Deportes (acto este último también impugnado en el presente caso), mediante la cual se dispuso que la fijación de las tarifas de la matrícula y de las mensualidades *no es potestad única y absoluta* de la Asamblea General Extraordinaria de Padres, Madres y Representantes, como ya se ha indicado, sino que dicha facultad se encuentra sujeta a los límites máximos determinados previamente por la Administración, tal y como fue señalado por este órgano jurisdiccional en la citada decisión.

Con las consideraciones anteriores queda desvirtuada para la Sala en la citada sentencia, la denuncia relativa a la supuesta violación del derecho constitucional de participación de los padres y representantes en la educación de sus hijos alegado en el presente caso, así como la presunta vulneración del artículo 13 de la Ley Orgánica de Educación (publicada en la Gaceta oficial N° 2.635 Extraordinario de fecha 28 de julio de 1980) aplicable *ratione temporis*.

(...) Para mayor precisión sobre el asunto, seguidamente se reproduce el contenido de los artículos de la citada Resolución Conjunta denunciados por contradecir presuntamente el artículo 26.3 la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela, en lo relativo al derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (...).

Artículo 2.- Los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Educación y Deportes, mediante Resolución Conjunta establecerán el índice porcentual máximo dentro del cual registrarán tales aumentos.

(...) 'Artículo 6.- Los aumentos de matrícula y mensualidades señalados en el artículo anterior y sometidos a la consideración de la Asamblea General Extraordinaria de Padres y Representantes, no podrán exceder de ninguna manera del límite máximo del índice porcentual establecido por los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Educación y Deportes, a través de la Resolución Conjunta promulgada para cada año escolar...'

Del contenido de las disposiciones anteriores se evidencia que la legalidad y constitucionalidad de la Resolución Conjunta N° 253/131 impugnada, deriva precisamente de la facultad atribuida al Ministerio del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio y al Ministerio del Poder Popular para la Educación y Deportes, de establecer el límite porcentual máximo dentro del cual registrarán los aumentos de la matrícula y las mensualidades, tal y como fue precisado en la referida decisión N° 00316 dictada por esta Sala en fecha 4 de marzo de 2009.

Dicha potestad ejercida por la Administración, conforme al ordenamiento jurídico venezolano no vulnera el referido derecho de los padres madres y representantes de escoger y decidir acerca de la educación de sus hijos, hijas o representados, ya que como se expuso en la tantas veces citada sentencia del 4 de marzo de 2009, de acuerdo al contenido del referido artículo 102 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la educación es un derecho humano y un deber social, pero a su vez, éste es un servicio público y por ende, sujeto a las regulaciones y controles del Estado como responsable de su efectiva prestación en corresponsabilidad con las familias y con la sociedad.

1.3 Derecho de acceso a la educación: alcance y límites

Sentencia N°: 01821
Fecha: 16-12-09
Caso: Vannessa Glayber Castillo Basalo y Otros vs República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, se observa que el derecho a la educación se encuentra reconocido en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada

por la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, como un derecho humano, cuya regulación en el Texto Constitucional vigente, adicionalmente lo contempla como un deber social fundamental.

Muestra de ello lo constituye lo consagrado en los artículos 102 y 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales establecen:

Artículo 102. La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social consustanciados con los valores de la identidad nacional, y con una visión latinoamericana y universal. El Estado, con la participación de las familias y la sociedad, promoverá el proceso de educación ciudadana de acuerdo con los principios contenidos de esta Constitución y en la ley’.

‘Artículo 103. Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas.

El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y quienes se encuentren privados o privadas de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.

Las contribuciones de los particulares a proyectos y programas educativos a nivel medio y universitario serán reconocidas como desgravámenes al impuesto sobre la renta según la ley respectiva(...).

Paralelamente la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, subraya la relevancia dada a dicho derecho fundamental, al destacar lo siguiente:

Es innecesario, por reiterativo, exponer motivaciones para justificar el carácter insoslayablemente fundamental y prioritario que tiene la educación para cualquier sociedad. Por consiguiente se proclama la educación como un derecho humano y como un deber constitutivo de la raíz más esencial de la democracia, y se la declara gratuita y obligatoria, y la asume el Estado como función indeclinable y de servicio público.

Habida cuenta de ello, este Supremo Tribunal de Justicia ha reiterado en diversas oportunidades que el referido derecho a la educación no se encuentra concebido en términos absolutos o de manera irrestricta, sino que el mismo está sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos legales que pueden delimitar el alcance de sus atributos (véase en ese sentido, sentencia de la SPA/TSJ del 06 de noviembre de 2001, caso: Dulce del Carmen Medina Monsalve y otros, la cual reproduce muchas de las consideraciones que hiciera la entonces Corte en Pleno, mediante decisión del 25 de septiembre de 1990, caso Rafael Tudela Reverter, así como sentencias de la Sala Político Administrativa de 13 de agosto de 1987, caso Katuska Díaz; las cuales aun cuando estaban referidas a las disposiciones contenidas en la Constitución de 1961, resultan plenamente aplicables al vigente Texto Constitucional).

No obstante, como bien lo acotó la Sala Constitucional en su sentencia N° 2531 del 15 de octubre de 2002, Caso: Hiter Eduardo Ruiz Herrera; el acceso y ejercicio del derecho a la educación, conforme a lo establecido en el artículo 103 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

(...)no tendrá más limitaciones que las derivadas de la vocación y de las aptitudes y a ello debe atenerse en su actuación la administración educativa, porque en ello encuentra su núcleo esencial, en parte, el derecho a la educación’, concluyéndose en ese mismo fallo que ‘...cualesquiera otros requisitos o consideraciones distintos a los antes mencionados de vocación o aptitud, bien de carácter legal, reglamentario o administrativo, serán de forma y oportunamente subsanables (...) pero nunca podrán impedir el acceso a la educación(...) .

1.4 El derecho fundamental a los valores de la cultura. Incompetencia de los municipios para otorgar la orden de demolición de bienes protegidos culturalmente

Sentencia N°: 00957
Fecha: 01-07-09
Caso: José Antonio Maes Aponte vs Ministro de Educación y Deportes (hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación).

De las citadas disposiciones se debe indicar que las mismas han sido establecidas por el Legislador en desarrollo del capítulo VI del Título III *De los derechos culturales y educativos*, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en lo que respecta a la obligación del Estado a todos los niveles políticos territoriales (nacional, estatal y municipal), de garantizar la protección, preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del Patrimonio Cultural, tangible e intangible y la memoria histórica de la Nación, preceptuado en el artículo 99 *eiusdem*, el cual consagra expresamente que ‘...la Ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes...’. Dichas penas concretamente se encuentran establecidas en la ley especial que desarrolla esta materia, es decir, en la tantas veces mencionada Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural.

En el mismo orden de ideas, la Sala Constitucional se ha pronunciado en relación a la naturaleza jurídica del derecho consagrado en el citado artículo 99 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como un *derecho-límite* para la actuación del Estado, en el sentido que éste comprende **obligaciones de respeto, protección, garantía y promoción del Patrimonio Cultural y la memoria histórica de la Nación a cargo de todos los niveles políticos territoriales**, a fin de que los titulares de este derecho disfruten plenamente del bien tutelado. Así quedó establecido en Sent. S.C-TSJ, N° 2670 del 6 de octubre de 2003, *Caso: Asociación Civil para el Rescate del Patrimonio Histórico de Venezuela (APAHIVE), Fundación Parque Universal de la Paz, Fundación un Parque para la Vida, Comité Cultural Conservacionista y de Defensa de la Parroquia San José del Distrito Federal y otros, contra la C.A. Metro de Caracas (CAMETRO)*, al precisar lo siguiente:

‘...En forma preliminar, debe esta Sala pronunciarse sobre la naturaleza del derecho constitucional cuya violación ha sido denunciada en esta causa, ello con el objeto de constatar si la exhaustiva

revisión efectuada por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de normas de rango legal, como son las contenidas en la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural, publicada en Gaceta Oficial N° 4.623, de fecha 03 de septiembre de 1993, resultaba imprescindible en el caso de autos para constatar la injuria constitucional planteada por los accionantes, respecto de lo cual observa que el artículo 99 de la Constitución vigente, contenido en el Capítulo VI, De los derechos culturales y educativos, del Título III, De los Derechos Humanos y Garantías, De los Deberes, establece:

‘Artículo 99. Los valores de la cultura constituyen un bien irrenunciable del pueblo venezolano y un derecho fundamental que el Estado fomentará y garantizará, procurando las condiciones, instrumentos legales, medios y presupuestos necesarios. Se reconoce la autonomía de la administración cultural pública en los términos que establezca la ley. El Estado garantizará la protección y preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tangible e intangible, y la memoria histórica de la Nación. Los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables. La Ley establecerá las penas y sanciones para los daños causados a estos bienes’.

(...) En efecto, la garantía que el artículo 99 constitucional establece para la efectiva protección, preservación, enriquecimiento, conservación y restauración del patrimonio cultural, tanto tangible como intangible, y la memoria histórica de la Nación, (...) comprende el necesario cumplimiento por parte de los órganos o entes del Estado creados (se insiste, en cualquiera de sus niveles político-territoriales) para realizar tal cometido, de obligaciones de respetar, definidas como el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; de proteger, entendidas como el deber de impedir que terceros injeriran, obstaculicen o impidan el acceso a esos bienes; de garantizar, que suponen el deber de asegurar que el titular del derecho (en este caso, la colectividad) acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; y de promover; caracterizadas por el deber de desarrollar dentro de sus competencias, las condiciones para que los titulares del derecho accedan libremente al bien tutelado (...) sin que ello obvie la realidad de que en no pocos casos, el efectivo ejercicio por parte de las personas de derechos de naturaleza esencialmente civil o política (libertad personal, libertad de expresión, debido proceso, participación política, etc.), supone para el Estado el cumplimiento de varias de las obli-

gaciones antes indicadas, más allá del simple deber de respetar el contenido del derecho civil o político en particular.

Así las cosas, el análisis en sede judicial de la vulneración o respeto del derecho enunciado en el artículo 99 de la Constitución, que constituye a su vez una concreción (mediante la forma de obligación-garantía) del derecho más general a la cultura, que se consagra en el artículo 98 del mismo Texto Constitucional, en virtud de las específicas y variadas obligaciones de hacer que suponen para los órganos competentes del Estado en cualquiera de sus niveles político-territoriales, exige el análisis por parte, en este caso, del Juez constitucional de las normas dictadas por el legislador (en este caso, nacional o municipal, conforme a los artículos 156.32 y 178.5) o incluso por la Administración en ejecución de aquéllas, que definen las atribuciones de los entes u órganos públicos encargados de brindar la protección a que alude la Constitución en la norma examinada, que establecen las actividades y los procedimientos administrativos que aquéllos deben cumplir para lograr dicho cometido y, en definitiva, que regulan las relaciones entre dichos órganos o entes y los particulares, en procura del goce y disfrute del derecho (cuyo núcleo esencial lo constituye el valor histórico, artístico, arqueológico, etc.) al patrimonio cultural, pues sólo mediante tal examen es posible constatar su vulneración o no...'. (Negritas de esta decisión).

Ahora bien, establecida la regulación positiva y el alcance jurisprudencial relativo al derecho irrenunciable consagrado en el referido artículo 99, se destaca la obligación que tiene el Estado en cualquiera de sus niveles político-territoriales (nacional, estatal o municipal), y que en el caso concreto se traduce en el deber que tenía el Municipio Chacao del Estado Miranda a través de la Dirección de Ingeniería Municipal de velar por la preservación y conservación de la referida Casa N° 27 ubicada en la Urbanización Campo Alegre, declarada *Bien de Interés Cultural*, conforme consta en Resolución N° 005-96, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.040 del 10 de septiembre de 1996.

Así, de acuerdo a la citada normativa, la mencionada Dirección del Municipio Chacao, antes de proceder a otorgar el permiso de demolición correspondiente, debió elevar dicha solicitud al Instituto del Patrimonio Cultural como el órgano competente para permitir esa intervención, conforme el enunciado del referido artículo 7 del *Reglamento Parcial N° 1 de la Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural*, mencionado.

2. Aspectos procesales

2.1 Cuando las cuestiones previas hayan sido subsanadas voluntariamente no procede abrir la articulación probatoria, sino que en su lugar se debe resolver acerca de si estuvieron bien o mal subsanadas

Sentencia N°: 00009
Fecha: 14-1-09
Caso: Samir Lisson Ortega vs Consejo Universitario de la Universidad Nueva Esparta.

De la disposición transcrita se infiere [artículo 352] que en los casos en los cuales la parte demandante no subsana el defecto u omisión en el plazo indicado en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil o si contradice las cuestiones a que se refiere el artículo 351 *eiusdem*, se entiende abierta una articulación probatoria de ocho días para promover y evacuar las pruebas pertinentes, sin necesidad de decreto o providencia por parte del Juez.

Ahora bien, esta Sala ha señalado que en los casos en que se opongan las cuestiones previas subsanables, no es necesario que se abra la articulación probatoria, salvo que no sean subsanadas. En efecto, en sentencia SPA N° 01516 del 27 de junio de 2000, ratificada por la N° 1451 del 12 de julio de 2001, se dejó sentado lo siguiente:

'Al respecto es necesario aclarar que en casos como el de autos cuando son opuestas las cuestiones previas contenidas en los ordi-

nales 3º y 6º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, las cuales entran en la categoría de subsanables según el contenido del artículo 350 eiusdem no es necesaria la apertura de la referida articulación probatoria, a tenor de lo que se desprende del artículo 352 del mismo texto.

En efecto, señalan las dos últimas disposiciones lo siguiente:

(...) De la norma transcrita se infiere la posibilidad de subsanación de las cuestiones previas indicadas, lo cual hace innecesaria la apertura de la articulación; en estos casos sólo es procedente el pronunciamiento de la Sala en cuanto a la correcta subsanación de los defectos u omisiones alegados como fundamento de la cuestión previa opuesta.

La improcedencia de la apertura a pruebas se ve confirmada por lo indicado en la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil, en su parte pertinente, cuando textualmente señala:

(...) Según el artículo 350, alegadas las cuestiones previas indicadas en los Ordinales 2º al 6º del Artículo 346, la parte podrá subsanar el defecto u omisión invocados, en el plazo de cinco días, como se regula en el citado Artículo 350, sin que se causen costas para la parte que subsana el defecto u omisión. En esta forma, la Comisión persigue la finalidad de estimular por un lado a la parte contra quien se dirige la cuestión, a subsanar rápidamente el defecto existente sin provocar una incidencia, y por otro, desanimar a la parte demandada, al planteamiento sin fundamento serio de estas cuestiones.

En todo caso, se deja la opción al demandante, de no allanarse a la objeción que hace el demandado mediante la cuestión previa, y puede el demandante, si le interesa, provocar la articulación a que se refiere el Artículo 352, buscando una decisión del Tribunal, que no tendrá apelación (Art. 357), pero sí costas, conforme a lo previsto en el Título VI del Libro Primero'.

Al efecto advierte la Sala de la revisión de las actas que componen el expediente así como de la nota de la Secretaría de la Sala de fecha 22 de septiembre de 1999, donde se deja constancia que desde el día 21 hasta el 29 de julio de 1999 habían transcurrido cinco días de despacho; que la representación de la parte actora consignó el escrito de subsanación de las cuestiones previas opuestas tempestivamente, motivo por el cual era improcedente la apertura de una articulación probatoria; la cual a tenor de los razonamientos antes esbozados sólo procede en aquellos casos en los cuales la parte demandante no subsana el defecto u omisión en el plazo indi-

cado en el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil o si contradice las cuestiones a que se refiere el artículo 351 eiusdem’.
(Resaltado de la Sala).

Es decir, conforme a la decisión antes transcrita, **el órgano jurisdiccional debe pronunciarse sobre la subsanación de las cuestiones previas opuestas, independientemente que se hayan objetado o no, en lugar de abrirse la articulación probatoria prevista en el artículo 352 del Código de Procedimiento Civil.** (Resaltado de la Sala).

2.2 La inactividad procesal verificada durante la segunda etapa de la relación no produce la perención de la instancia

Sentencia N°: 00713
Fecha: 27-05-09
Caso: Inversiones 14-20 C.A. vs FOGADE.

Conforme a lo previsto en dicho artículo, la inactividad del juicio por más de un año, sin distinguir el estado procesal en que éste se encontrara, producía la extinción de la instancia y así fue declarado en diferentes decisiones dictadas por esta Sala Político-Administrativa, conforme lo advierte el apoderado judicial del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE). Sin embargo, posteriormente la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal estableció que si el proceso judicial en el que había ocurrido la advertida inactividad por el transcurso de un año, se encontraba en estado de dictar la sentencia definitiva, no había lugar a declarar la perención. En tal sentido resulta pertinente la cita de la decisión Nro. 2.764 dictada por la referida Sala en fecha 12 de noviembre de 2002, en la que se indicó:

(...) Al respecto, esta Sala estima oportuno destacar el criterio sustentado en sentencia del 14 de diciembre de 2001 (caso DHL Fletes Aéreos y otros), cuando en ejercicio de su labor interpretativa de la Constitución, determinó la improcedencia de declarar la perención de la instancia ante la inactividad del órgano jurisdiccional después de vista la causa, al señalar: “Observa esta Sala que la perención de la instancia y el acto de procedimiento no son figuras propias del Derecho Administrativo, ni –incluso– del Derecho Procesal Administrativo, pues se trata de conceptos que suficientemente ha desarrollado el Derecho Procesal. En tal sentido, resulta evidente que la institución regulada en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia tiene su origen en la

perención ordinaria regulada por el Código de Procedimiento Civil desde el año 1916, y cuyas normas son de aplicación supletoria en el proceso administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 eiusdem. Con la reforma del Código de Procedimiento Civil realizada en el año 1986, la figura de la perención fue objeto de varias modificaciones recogidas en sus normas, y fue así como la consagración expresa de que no producirá perención, la inactividad del juez después de vista la causa, establecido en el artículo 267 eiusdem, fue adoptada por la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia e, inclusive, del hoy Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el dispositivo contenido en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, para aplicarlo a los procedimientos que por ante dicha Sala cursaban. Siendo así, estima esta Sala que en el proceso administrativo, al igual que ocurre en el proceso ordinario, mientras las partes estén legalmente facultadas para impulsar el curso del juicio, mediante actuaciones tendientes a lograr el desarrollo o la continuidad de la relación procesal, la perención de la instancia ha de transcurrir, aun en aquellos casos en que el proceso se hallase detenido a la espera de una actuación que corresponde exclusivamente al juez. Sin embargo, considera esta Sala que distinta es la situación cuando no pueden las partes realizar actuación alguna encaminada a impulsar el proceso, puesto que su intervención en el mismo ha cesado, no teniendo en lo adelante la obligación legal de realizar actos de procedimiento. Tal situación ocurre en el proceso administrativo con la presentación de informes que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 96 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, constituye la última actuación de las partes en relación con la controversia, puesto que, cuando éstos han sido presentados y el tribunal dice “vistos”, el juicio entra en etapa de sentencia y ningún otro sujeto procesal distinto del juez, tiene la posibilidad de actuar. (...)En tal sentido, advierte la Sala que el lapso de la perención prevista en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se inicia el día siguiente de aquél en el que se realizó el último acto de procedimiento de las partes, entendido éste como aquel en el cual la parte interesada puede tener intervención o que, en todo caso, tenga la posibilidad cierta de realizar alguna actuación, oportunidad ésta que en el proceso administrativo culmina con la presentación de los informes y antes de ser vista la causa. (...)’.

Al amparo de lo establecido en la sentencia anteriormente transcrita, visto que la inactividad denunciada por el apoderado judicial del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE) ocurrió con posterioridad al mo-

mento en que se declaró concluida la segunda (2da) etapa de la relación de la causa, lo cual implica que ya el proceso se encontraba en el estado de dictar la sentencia definitiva, debe declararse improcedente el alegato de perención formulado. Así se decide.

2.3 La indicación del domicilio procesal, a tenor de lo establecido en el artículo 174 del CPC, no está sujeto a un lapso determinado

Sentencia N°: 00638
Fecha: 20-05-09
Caso: Servicios Generales de Electricidad e Instrumentación, S.A. (SERGENSA) vs Bitúmenes Orinoco S.A.

Así, el artículo 174 del mencionado Código adjetivo, señala:

‘Artículo 174.- Las partes y sus apoderados deberán indicar una sede o dirección en su domicilio o en el lugar del asiento del Tribunal, declarando formalmente en el libelo de la demanda y en el escrito o acta de la contestación, la dirección exacta. Dicho domicilio subsistirá para todos los efectos legales ulteriores mientras no se constituya otro en el juicio, y en él se practicarán todas las notificaciones, citaciones o intimaciones a que haya lugar. A falta de indicación de la sede o dirección exigida en la primera parte de este artículo, se tendrá como tal la sede del Tribunal’.

La normativa antes transcrita establece el deber que tienen las partes de suministrar en el expediente una dirección con el fin de que ésta subsista para todos los efectos del juicio y donde se practicarán las notificaciones, citaciones o intimaciones a que haya lugar, ello en virtud de la celeridad del proceso y con el objeto de crear certeza y seguridad en las notificaciones que deban hacerse en el curso del mismo.

La referida disposición legal no establece un momento preclusivo para que las partes cumplan con dicha carga, por cuanto no sólo fue consagrada en interés o beneficio común de éstas, sino porque la propia norma dispone que a falta de indicación de la dirección, se tendrá como tal la sede del Tribunal.

Lo antes expuesto conlleva a establecer la flexibilidad de la norma, en el sentido de que el domicilio procesal puede constituirse, bien tardíamente o ser modificado. Por ello, la dirección suministrada por la propia parte a los efectos de la

práctica de las notificaciones judiciales, constituye garantía de igualdad y de ejercicio de la defensa.

En ese sentido, esta Sala en un caso similar al de autos, mediante sentencia N° 00427 publicada el 1° de abril de 2009, señaló:

'(...) Ahora bien, sin menoscabo de lo antes indicado, estima esta Sala oportuno establecer que el señalamiento del domicilio del demandado, constituye un requisito formal que debe cumplirse con la presentación del libelo de la demanda, cuya omisión puede dar lugar a la oposición de la cuestión previa sub iudice, ello en razón de que tal requisito obedece a la necesidad de identificación del demandado, que es distinto a la dirección donde se citará a éste: habitación, oficina, etc., respecto de lo cual no existe un momento preclusivo para que el actor precise en las actas del expediente el domicilio procesal de su contraparte, entendido éste como lugar para citarlo o notificarlo (...)'. (Resaltado de este fallo).

En el presente caso, la parte actora a los fines de “subsanan cualquier omisión en el libelo, manifestó la ubicación exacta de [su] representada”, aduciendo posteriormente que la dirección de la compañía indicada en autos, “fue imposible mantenerla”.

Lo anterior –como quedó expuesto– denota la confusión del apoderado judicial de la parte actora, en el sentido de hacer valer la sede de la empresa demandante, que en la actualidad no existe, a los efectos de subsanar la cuestión previa opuesta, cuando ha debido indicar el domicilio procesal respectivo.

Así, de la revisión del expediente no se evidencia que la representación judicial de la parte actora haya señalado ni en el escrito libelar, ni en otra oportunidad el domicilio procesal de su representada como erróneamente lo manifiesta en el escrito consignado ante esta Sala el 12 de noviembre de 2008, lo que en principio configurarían el defecto de forma alegado por la parte demandada.

No obstante, dada la flexibilidad del artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que no establece un momento preclusivo para que las partes cumplan con la carga de suministrar su domicilio procesal y dado que ante la omisión de tal señalamiento la referida normativa prevé que se tendrá como tal la sede del Tribunal, lugar donde deberán practicarse las notificaciones correspondientes, es por lo que esta Sala debe declarar la improcedencia de la cuestión previa opuesta.

2.4 La interposición del recurso de revisión no posee, en principio, efectos suspensivos

Sentencia N°: 01174
Fecha: 05-08-09
Caso: Inversiones 19494, C.A. vs IPASME.

No obstante, previo a dicho pronunciamiento se advierte que el abogado Tere-so de Jesús Bermúdez Subero, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil Inversiones 19494 C.A. señaló mediante diligencia del 27 de mayo de 2009, que ‘...[p]or cuanto h[a] intentado ante la SALA CONSTITUCIONAL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA LA SENTENCIA N° 01916 de fecha 28-11-2007, dictada en la presente causa, pido con todo respeto a esta SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, se sirva tomar en cuenta el presente recurso a los fines de prevenir providencias contradictorias que puedan lesionar los derechos de mi conferente...’.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del señalado recurso de revisión, se aprecia que el ordinal 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé la atribución de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia de ‘...[r]evisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva...’.

Sin embargo, cabe destacar que los trámites procesales y demás características de dicho recurso aún no han sido desarrollados por la correspondiente ley de la jurisdicción constitucional, lo cual ha obligado a la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia a delimitar por vía jurisprudencial algunos parámetros de procedencia de dicho recurso.

En tal sentido, la mencionada Sala de este Máximo Tribunal de Justicia en sentencia de fecha 6 de febrero de 2001 (Caso: Corporación de Turismo de Venezuela “Corpoturismo”), al interpretar el alcance de la atribución contenida en el numeral 10 del señalado artículo 336, estableció:

‘Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.

2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.

4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional '.

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, el ejercicio de dicha atribución es discrecional y de carácter extraordinario, el cual procede por vía excepcional contra las sentencias expresamente mencionadas en el citado precedente jurisprudencial, las cuales tienen en común el hecho de ser decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, por tratarse en todo caso de “sentencias definitivamente firmes”.

Por consiguiente, en ausencia de una previsión legal que imponga carácter suspensivo al recurso de revisión, su propia naturaleza y las características de las decisiones objeto del mismo, conducen a la conclusión de que no debe, en principio, atribuírsele efecto suspensivo.

Refuerza lo expuesto, el carácter objetivo que la propia Sala Constitucional ha atribuido al señalado recurso de revisión. Concretamente, vale la pena destacar el pronunciamiento recaído en la decisión N° 1679 dictada por la Sala Constitucional en fecha 14 de julio de 2005, con ocasión del cual se dispuso lo siguiente:

‘...Ante ello, debe esta Sala Constitucional aclararle a la representación judicial de la accionante, en primer lugar, que la revisión no persigue la tutela judicial de los derechos jurídicos subjetivos de los solicitantes, sino la integridad objetiva del texto constitucional (garantía de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales), mediante la uniformidad de criterios de interpretación constitucional; por ello, en principio, en ese tipo de procedimientos, salvo contadas excepciones, no se acuer-

dan medidas cautelares. Por otra parte, salvo disposición legal en contrario, las medidas cautelares –como la suspensión de ejecución que se pretende– no deben considerarse decretadas, ni siquiera en los procesos de amparo (que sí tienen por objeto la tutela judicial de los derechos jurídicos subjetivos), con la sola proposición de la pretensión (tutela de derechos constitucionales), pues ella no tiene efectos suspensivos sino que es necesaria una declaración expresa del juzgador con tal propósito...’.

Adicionalmente se advierte que en el caso de autos, la parte actora ejerció el mencionado recurso de revisión contra la decisión de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 2007, mediante la cual se declaró, entre otras cosas, con lugar las cuestiones previas contenidas en los ordinales 3° y 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativas a la ilegitimidad de la persona que se presenta como apoderado judicial de la parte actora y al defecto de forma de la demanda, la cual en los términos del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, no está sujeta al recurso ordinario de apelación.

Lo anterior se justifica debido a que la declaratoria con lugar de las mencionadas cuestiones previas, sólo conlleva, en los términos del artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, a que el proceso se suspenda ‘...hasta que el demandante subsane dichos defectos u omisiones como se indica en el artículo 350...’.

Por lo tanto, en ausencia de una norma que atribuya efecto suspensivo al recurso de revisión y tomando en cuenta el carácter excepcional de dicho recurso, así como la naturaleza de la sentencia contra la cual éste fue ejercido, que, como se señaló en las líneas que anteceden, no está sujeta a apelación, esta Sala no encuentra impedimento alguno para proceder a pronunciarse, en el presente caso, sobre la supuesta falta de subsanación de las referidas cuestiones previas.

2.5 Posibilidad de reformar varias veces la demanda

Sentencia N°: 01689
Fecha: 25-11-09
Caso: Lombardo Bracca López vs Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV).

Precisado lo anterior, aprecia la Sala que el artículo 343 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso según lo previsto en el primer aparte del artículo

19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, dispone:

‘El demandante podrá reformar la demanda, por una sola vez, antes que el demandado haya dado la contestación a la demanda, pero en este caso concederán al demandado otros veinte días para la contestación, sin necesidad de nueva citación’.

Ahora bien, previo al análisis del contenido del artículo anteriormente transcrito y su aplicación a la situación de hecho anteriormente referida, es necesario tener en cuenta la obligación que tienen todos los órganos jurisdiccionales de garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales (Art. 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y muy especialmente que el proceso constituye el instrumento fundamental para la realización de la justicia, sin que en ningún caso haya lugar a sacrificar la justicia por el cumplimiento de formalidades no esenciales (Art. 257 *ejusdem*).

En la línea de las precedentes consideraciones, el acceso a la justicia, el derecho de defensa y el debido proceso, como derechos fundamentales, deben interpretarse de la manera más amplia y favorable al administrado para que sus contenidos puedan ser efectivos.

Así, al amparo de las anteriores premisas, se aprecia que si bien del artículo 343 del Código de Procedimiento Civil se deduce una limitación respecto a la posibilidad de reformar la demanda, circunscribiéndola a una sola oportunidad, tal restricción, a juicio de esta Sala, atiende a su vez a la oportunidad procesal que allí es señalada, a saber, que la reforma fuere realizada luego de la citación del demandado, supuesto en el cual deberá concedérsele a este último un nuevo lapso de emplazamiento.

De manera que, por argumento a contrario, antes de que el demandado hubiere sido citado, no hay lugar a establecer la limitación prevista en el señalado artículo y el demandante podrá reformar su demanda más de una vez. Siendo importante destacar que tal posibilidad no afecta el derecho de defensa de la parte contraria. Así se decide.

3. Contratos administrativos

3.1 Diferencias entre extinción y resolución del contrato de concesión

Sentencia N°: 00203
Fecha: 18-02-09
Caso: Posada Cinco Reales, C.A. *vs* Ministra del Ambiente y de los Recursos Naturales (hoy Ministra del Poder Popular para el Ambiente).

Con respecto al contenido del Oficio anterior debe señalarse que en casos como el que se analiza, en los cuales como se ha indicado, la concesión se extingue como consecuencia del cumplimiento del término otorgado, no es necesario que la Administración inicie un procedimiento previo a su declaratoria, por tratarse de uno de los supuestos de terminación normal de cualquier tipo de contrato, incluso de aquéllos de naturaleza administrativa como el que nos ocupa.

Así se observa que el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.394 de fecha 25 de octubre de 1999), establece los supuestos de terminación normal y anormal de las concesiones, tales como: el cumplimiento del plazo; mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario; rescisión del contrato debido al incumplimiento grave de las

obligaciones del concesionario; quiebra del concesionario, y el rescate anticipado de la concesión, entre otros.

En concreto, en relación a la extinción de la concesión por *cumplimiento del plazo* el artículo 47 *eiusdem* dispone lo siguiente:

(...)Extinción por cumplimiento del plazo. Cumplido el plazo de la concesión, se comprobará el cumplimiento de su objeto. Dicha constatación se verificará mediante acto de recepción o conformidad, en el plazo y bajo las condiciones que establezca el Reglamento.

Extinguida la concesión, las obras o servicios podrán ser nuevamente otorgadas en concesión que tendrá por objeto su conservación, reparación, ampliación o explotación...’.

De la lectura de la disposición anterior se evidencia que cumplido el plazo de la concesión, ésta se extingue, sin necesidad de otro requerimiento, quedando tan sólo la obligación por parte de la Administración de verificar el cumplimiento de su objeto, así una vez que esto ocurre resulta facultativo para la Administración proceder o no a su renovación.

3.2 Flexibilización de la exigencia relativa a que se acompañe una copia de los contratos de los cuales se deriva la responsabilidad contractual

Sentencia N°: 01458
Fecha: 14-10-09
Caso: Serviservicios Islas del Sol Morrocoy Resort, C.A. y Otra vs Compañía Anónima de Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE)

De manera que, como aspecto preliminar debe plantearse cuáles serían las consecuencias procesales que generaría la falta de consignación de todos los contratos de suscripción celebrados al efecto por las demandantes con la Compañía Anónima de Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE).

Al respecto, se aprecia que esta Sala en sentencia N° 02003 del 12 de diciembre de 2007, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el asunto descrito, señalando en esa decisión lo siguiente:

(...) No obstante, en cuanto al primero de los referidos regímenes, esto es, la responsabilidad contractual que pretende imputarse al

Banco Industrial de Venezuela, advierte la Sala que constituiría un documento fundamental de dicha acción, el contrato de cuenta corriente suscrito entre el Instituto Nacional de Deportes y la referida Institución Financiera.

Sin embargo, de la revisión de las actas que conforman el expediente se pudo constatar que el mencionado contrato no fue promovido, o al menos solicitada su exhibición durante el presente juicio, circunstancia que impide a la Sala examinar sus disposiciones a objeto de determinar si en el caso analizado se verificó o no la responsabilidad contractual del ente demandado.

(...) De ahí que, ante la ausencia de elementos probatorios que reflejen la existencia de tales obligaciones contractuales, menos aún podría la Sala constatar su incumplimiento y por consiguiente, debe desestimarse la indemnización solicitada por la parte actora con fundamento en el régimen de responsabilidad contractual. Así se decide... '.

De manera que, conforme al criterio jurisprudencial antes transcrito, en materia de responsabilidad contractual constituye un documento fundamental de la acción la consignación del contrato que funge como fuente de la obligación; no obstante, dicho requerimiento podría sufrir excepciones, como, por ejemplo, en aquellos casos en que el contrato ha sido celebrado verbalmente y no existan en el expediente otras pruebas que lleven a la convicción de la existencia de la obligación.

Adicionalmente, cabe destacar que cuando nos encontramos en presencia de un contrato administrativo, se impone la aplicación de reglas especiales y diferentes a las que rigen el derecho común.

Concretamente, en materia de contratos de suscripción relacionados con la prestación de un servicio público, como es el caso, del ofrecido por las Compañías del Sector Eléctrico, surgen como límites a la autonomía de la voluntad de las partes las regulaciones que se dan en la materia como derivadas del control que en ese sentido ejerce el Estado.

Ejemplo de ello lo constituye, la fijación de las tarifas y más específicamente, lo que se ha denominado, el principio de igualdad tarifaria, el cual si bien no significa que el Estado se encuentre impedido de establecer diferentes costos a los usuarios de acuerdo a determinadas circunstancias fácticas, tales como ciertas exoneraciones para personas de la tercera edad u otras situaciones similares, ello tampoco se traduce en el hecho de que la Administración se

encuentre autorizada para otorgar un trato discriminatorio a quienes estén en la misma situación de hecho.

Por lo tanto, independientemente de lo pactado en el contrato, si la ley consagra la aplicación de un determinado ciclo tarifario frente a ciertas condiciones, no le es dado a las partes establecer acuerdos en contra de dicha previsión legal.

Lo anterior resulta relevante para la controversia, ya que aun cuando el ciclo tarifario cuya aplicación generó los daños demandados en el libelo, fue establecido libremente en los correspondientes contratos de suscripción, según el conteste dicho de las partes; sin embargo, cabe destacar que ello no excluye la posibilidad de que conforme al mencionado principio de igualdad tarifaria, se reclamen los perjuicios que esa situación haya podido generar, lo cual excedería el tema de una pretensión orientada a solicitar la responsabilidad contractual de la Administración Pública, ubicándose en el plano de las acciones de reclamo por la mala prestación de servicios públicos.

Por consiguiente, el análisis de pretensiones como la descrita puede efectuarse excepcionalmente aun cuando los respectivos contratos no hayan sido acompañados, pero siempre que existan otros medios probatorios que permitan constatar el carácter de usuario del servicio público y al mismo tiempo se establezca que la falla en la prestación de dicho servicio proviene del incumplimiento de obligaciones legales que pudieran o no estar recogidas en el contrato, como es el caso de la determinación de las tarifas.

En efecto, debe señalarse que la Ley Orgánica que autoriza al Presidente de la República para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera requeridas por el interés público, del 26 de abril de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.687, de la misma fecha, disponía en su artículo 1°, numeral 4, literal j y más concretamente j.3., lo siguiente:

(...) Artículo 1°.- Se autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, de conformidad con el ordinal 8° del Artículo 190 de la Constitución de la República, decreta, dentro del lapso de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de esta Ley, las siguientes medidas:

...4.- En el ámbito Económico Social:

...j) Dictar las medidas para impulsar y regular el sector eléctrico nacional, dentro de los siguientes parámetros.

...j.3. Reservar al Ejecutivo Nacional a través del Ministerio de Energía y Minas, la facultad indelegable de fijar tarifas eléctricas en

todas sus fases (generación, transmisión, distribución y comercialización), para cuya determinación deberá tomarse en cuenta, al estimar los costos de las mismas, la necesidad de que se ajusten a niveles de eficiencia que garanticen los derechos de los consumidores (...).

Igualmente, se observa que posteriormente ha sido sancionada en relación con la regulación del sector eléctrico la “Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Fuerza de ley en las materias que se delegan”, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.076, del 13 de noviembre de 2000, la cual estableció en el aparte i) punto 2, del artículo 1, que se autoriza al Ejecutivo Nacional para dictar en el ámbito económico social ‘...medidas para armonizar y coordinar las competencias en materias de gas y electricidad de los poderes públicos municipales, estatal y nacional...’.

Asimismo, debe señalarse que conforme al Decreto N° 365 del 27 de julio de 1989, publicado en la Gaceta Oficial N° 34.321 del 6 de octubre de 1989, vigente hasta la fecha, se ‘...declara de primera necesidad el servicio de energía eléctrica...’, al tiempo que se prevé como objetivo de tales normas ‘...establecer los criterios para la determinación de las tarifas del sector eléctrico que prestan las empresas del sector eléctrico nacional y los procedimientos para controlar la aplicación de dichas tarifas...’.

Lo anterior refleja que el régimen de tarifas, dispuesto de acuerdo a ciclos, no tiene como fuente los respectivos contratos de suscripción, sino que ello se deriva de lo previsto en la propia ley, empleado el término en su sentido material, encargada de realizar tales precisiones con base a estudios técnicos elaborados en la materia y atendiendo, entre otras consideraciones, a factores como la densidad poblacional.

3.3 La exigencia relativa a la presentación de la solvencia laboral para participar en el proceso de selección de contratistas no vulnera el derecho constitucional a la libertad económica

Sentencia N°: 00417
Fecha: 01-04-09
Caso: Municipio San Diego del Estado Carabobo vs Presidente de la República.

De lo expuesto se colige en primer término, que los destinatarios de la obligación de obtener la solvencia laboral en referencia, son aquellas empresas que deseen contratar con el Estado, en virtud que con esta certificación la Administración pretende asegurar el cumplimiento y efectividad de la normativa laboral y más concretamente, de los derechos laborales consagrados por el Constituyente en los artículos 87 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la ley orgánica que rige la materia.

(...) Dicho carácter social de los derechos laborales cuya protección y progresividad persigue el Ejecutivo Nacional a través del mencionado Decreto, se dejó en principio, establecido por esta Sala en sentencia N° 02878 del 13 de diciembre de 2006, al pronunciarse acerca de la medida cautelar solicitada por CONINDUSTRIA contra el Decreto N° 4.248, en el sentido siguiente:

(...) Del examen preliminar del dispositivo impugnado, y luego de ponderar los intereses en conflicto en el caso sub iudice, de un lado, la aplicación de un instrumento normativo dirigido a proteger el ejercicio de “derechos humanos laborales”, y por el otro, la pretensión de la recurrente de suspender provisionalmente sus efectos, con base en argumentos que están dirigidos fundamentalmente a demostrar la presunta vulneración de derechos atinentes al desarrollo de las actividades económicas desplegadas por las empresas afiliadas al gremio representado por la asociación civil Confederación Venezolana de Industriales “CONINDUSTRIA”; se observa que en el presente caso no existen indicios que justifiquen la suspensión del Decreto N° 4.248, toda vez que de su contenido no se constata la transgresión de derechos constitucionales esenciales a la naturaleza humana, circunstancia frente a la cual esta Sala se encontraría en la obligación de resguardarlos a fin de evitar los eventuales perjuicios que podrían ocasionarse a todas las personas que, durante la tramitación de este proceso, se vieran afectadas por su aplicación (...) (Negrillas de esta decisión).

Ahora bien, no deja de advertir la Sala que la parte accionante pretende sostener y argumentar la supuesta violación a la libertad económica y a la autonomía del Municipio para contratar, en virtud que considera que el referido decreto impide o violenta la potestad municipal para optar por la ‘mejor oferta’.

Al respecto, vale la pena destacar que es ajeno a los intereses del Municipio, de cualquiera de las entidades político-territoriales, empresas del Estado u otro organismo de carácter público, ejercer sus potestades en contra de los intereses generales o del interés público que representan, los cuales están obligados a garantizar. Por ello, **resulta inaceptable considerar a aquellas**

empresas que incumplen o se encuentran al margen de la legalidad, por no acatar los compromisos laborales derivados de la normativa consagrada en la Ley Orgánica del Trabajo, como la mejor opción para la celebración de contratos y convenios.

En consecuencia, mediante la obligatoriedad de la solvencia laboral no se limita potestad alguna al Municipio ni al sector privado, pues su contenido está dirigido al perfeccionamiento y ejecución de los derechos laborales de carácter irrenunciable, cuya labor de protección y garantía no sólo le compete a la Administración, sino a todos los órganos que ejercen el Poder Público. (...) (Resaltado de la Sala).

3.4 La prohibición de ceder los contratos de obra no se traduce en la imposibilidad de ceder los créditos que de éstos resulten

Sentencia N°: 01457
Fecha: 14-10-09
Caso: Constructores Venezolanos Compañía Anónima CONVECA vs Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS).

Ahora bien, en el texto de cada uno de los contratos cuyo cumplimiento se demanda y que esta Sala valora plenamente con base en lo previsto en el artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, se estipuló lo siguiente:

*'(...) PROHIBICIONES. CLÁUSULA 42. **Queda expresamente convenido que este Contrato no podrá cederse, traspasarse ni subcontratar en todo ni en parte, sin la previa y expresa autorización del Instituto. En caso de contravención de esta Cláusula, el Instituto se reserva el derecho de desincorporar a La Contratista de su Registro de Empresas y aplicar además la sanción prevista en la Cláusula siguiente. Así como tomar cualquier otra medida que estime pertinente a los fines de salvaguardar sus intereses. (...)**'* (Destacado de la Sala).

Conforme se aprecia, de manera categórica se estableció la prohibición de ceder el contrato, en absoluta correspondencia con lo previsto en el artículo 5 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras contenidas en el Decreto 2.189 de fecha 7 de junio de 1977, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinario de la República de Venezuela, Nro. 2.089 de fecha 28 de

septiembre de 1977, aplicables a los contratos antes mencionados. En la referida norma se indica:

'El Contratista no podrá ceder ni traspasar el contrato en ninguna forma, ni en todo ni en parte, sin previa autorización del ente público. El ente público no reconocerá ningún pacto o convenio que celebre el Contratista para la cesión total o parcial del contrato, sin que éste hubiere obtenido previamente la indicada autorización, y lo considerará nulo, sin perjuicio del derecho que le asiste de rescindir unilateralmente el contrato, de acuerdo con lo previsto en la letra 'c' del artículo 118 de este Decreto'. (Destacado de la Sala).

Sin embargo, de un examen del contenido de los documentos consignados para demostrar la existencia de las alegadas cesiones, se observa que la sociedad mercantil demandante manifiesta ceder “los créditos” y respecto a dicha posibilidad, el artículo 8 de las citadas Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, establece:

'El Contratista podrá ceder total o parcialmente los créditos que resultaren a su favor como consecuencia de la ejecución de la obra, mediante documento público o auténtico, el cual deberá acompañarse a la participación por escrito que de la cesión se hiciera al ente público. En virtud de tales cesiones de crédito, el cesionario sólo adquirirá derecho a hacer efectiva las sumas líquidas que se adeuden o llegaren a adeudarse al Contratista como consecuencia de la obra realmente ejecutada y aprobada por el ente público, una vez hechas las retenciones previstas en el Documento Principal y en este Decreto y cualquier otra deducción que el ente público deba hacer de acuerdo con el contrato'. (Destacado de la Sala).

3.5 La vía idónea para impugnar los actos administrativos relacionados con el cumplimiento de los contratos administrativos es la demanda, en lugar del recurso de nulidad¹

Sentencia N°: 00592
Fecha: 07-05-09
Caso: Universidad de Carabobo vs Ministro de Salud (hoy, Ministro del Poder Popular para la Salud).

¹ Sin embargo, en dicho fallo la Sala estableció que dado que la acción fue ejercida estando ya en vigencia la LOTSJ, la cual no contempla la causal de inadmisibilidad relativa a la existencia de un recurso paralelo, debía resolverse el mérito de la controversia.

Ahora bien, ha considerado la Sala que en el marco de las acciones vinculadas con los contratos administrativos, las manifestaciones de voluntad de la Administración asociadas con esa relación bilateral, son actos de ejecución contractual, motivo por el cual la vía idónea para accionar frente a éstos, no es la del recurso de nulidad sino el contencioso de las demandas, habida cuenta que la declaratoria de nulidad de tales actos no permite por sí sola la satisfacción plena de las peticiones planteadas por los demandantes derivadas del alegado cumplimiento del contrato, ya que supone la obligación de la Administración de cumplir con la prestación que se reclama como debida. (*Vid.*, sentencias N° 1.063 del 27 de abril de 2006, N° 1.766 del 12 de julio de 2006 y N° 2.034 del 9 de agosto de 2006).

Al respecto, específicamente en el *'obiter dictum'* de la sentencia N° 1.063 del 27 de abril de 2006, se concluyó lo siguiente:

'(...) Así, para la Sala, este tipo de pretensión sólo puede ser satisfecha apropiadamente, con la interposición de una demanda de cumplimiento de contrato, en la cual sí se podría imponer al ente contratante, de resultar vencedora la contratista, el deber de cumplir con la contraprestación que le impone la convención celebrada entre ambos. Así se declara'.

En consecuencia, al referirse la potestad rescisoria a una facultad propia de la Administración para dar por terminado un vínculo contractual por tratarse de una convención regida por el Derecho Público, el ejercicio de dicha potestad constituye un acto de ejecución del contrato y como tal, necesariamente debe ser analizado dentro de su contexto, toda vez que allí tiene su origen. Por tal motivo, la tendencia jurisprudencial ha sido negar la idoneidad del recurso contencioso administrativo de nulidad para atacar la terminación anticipada de la convención, señalando la existencia de otros medios judiciales específicos para tal fin.

Por tal motivo, si la recurrente pretende seguir ocupando el terreno en cuestión, en calidad de comodataria del inmueble cuya restitución le fue exigida, el medio adecuado para impugnar el acto rescisorio es la demanda por cumplimiento de contrato. Por otra parte, si lo que pretende la parte recurrente es que le sea restituido el bien que alega es de su propiedad, ha debido ejercer una acción reivindicatoria.

3.6 Marco constitucional y legal de la contratación sobre terrenos ejidos. Limitaciones derivadas de las zonas declaradas parques o de uso recreacional

Sentencia N°: 00073
Fecha: 22-01-09
Caso: Mattia Masarrachia de Caradonna vs Concejo Municipal de Araure (Estado Portuguesa).

De conformidad con el artículo 32 de la Constitución de 1961 (hoy, artículo 181 de la Constitución de 1999), la enajenación de los ejidos sólo puede efectuarse para construcciones en los casos previstos en las ordenanzas, previéndose un régimen especial cuando se trata de ejidos que se enajenen con fines de reforma agraria, supuesto que escapa al caso presente.

Se colige entonces que en virtud de la condición de inalienabilidad e imprescriptibilidad, los terrenos ejidos sólo podrán ser enajenados en casos específicos (fundamentalmente para construcciones), en cumplimiento de las formalidades y procedimientos contenidos en las disposiciones dictadas por el legislador municipal.

Así, la Ley Orgánica de Régimen Municipal (G.O. N° 4.109 de fecha 15 de junio de 1989) vigente para la fecha en que fue emanado el acto recurrido, y aplicable al presente caso *ratione temporis*, en sus artículos 125 y 126, consagraba una serie de disposiciones dirigidas a garantizar los objetivos constitucionales ya mencionados, subordinando la enajenación de los ejidos al cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en la legislación municipal dictada para tal fin, así como la potestad de los entes municipales de procurar su rescate o recuperación cuando no se hayan verificado tales requisitos.

...*omissis*...

Ahora bien, cabe destacar que la parcela objeto de arrendamiento con opción de compra está ubicada dentro de la franja reservada para fines recreativos por el Decreto del Concejo del Distrito Araure de fecha 25 de julio de 1966. En efecto, en dicho decreto se declara '*zona de reserva histórica y recreativa los terrenos adyacentes del Monumento Batalla de Araure*', en los siguientes términos:

...*omissis*...

Así, la parte recurrente alega que si bien es cierto que la parcela en cuestión estuvo afectada a usos recreacionales, ello fue hasta el 6 de noviembre de 1992 cuando el Concejo Municipal del Municipio Araure, acordó la desafectación de la parcela a fin de otorgársela en arrendamiento para la construcción del conjunto residencial, conforme a lo establecido en la cláusula primera del contrato de arrendamiento con opción de compra por éstos suscrito.

Con respecto a este alegato, la Sala observa que de las actas que conforman el expediente, no se evidencia que esta zona haya sido desafectada del uso a la que estaba destinada, así como tampoco se ha encontrado elemento alguno que demuestre tal hecho, ya que el Oficio N° 241 de fecha 5 de noviembre de 1992, emanado de la Secretaría Municipal, así como el contrato de arrendamiento con opción de compra, evidencian que la Municipalidad cedió en calidad de arrendamiento con opción de compra '*una parcela de terreno perteneciente a los ejidos del Municipio Araure*', lo cual fue objeto de revisión por el propio Municipio, en ejercicio de su potestad de autotutela, ya que estos terrenos se encuentran ubicados en el área adyacente al monumento de la Batalla de Araure y estaban afectados para el uso recreativo y cultural, por lo que conforme al Decreto del Concejo del Distrito Araure de fecha 25 de julio de 1966, estaba prohibida la construcción de viviendas en el mismo.

Resulta oportuno destacar que posteriormente, esta zona fue declarada por el Instituto del Patrimonio Cultural, como bien de interés cultural, tal como se evidencia de la Resolución N° 010-96 del 15 de noviembre de 1996, emanada del Instituto del Patrimonio Cultural, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.151 del 21 de febrero de 1997, cuyo contenido es del siguiente tenor:

...omissis...

Con base en los elementos antes expuestos, esta Sala observa que en efecto el acto administrativo por el cual fue otorgado el contrato de arrendamiento con opción de compra a los recurrentes, sobre el terreno en cuestión, es nulo de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en los numerales 1 y 3 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, tal como lo declaró el Concejo Municipal del Municipio Araure en el acto recurrido, por cuanto la zona donde se ubica dicha parcela está reservada por el Plan Rector de Desarrollo Urbano, para construcciones de uso recreativo y cultural.

Así, con respecto al primer vicio referido a la nulidad absoluta establecida expresamente por una norma constitucional o legal, se observa que al destinar dicha área para fines distintos, el acto administrativo por el cual se otorgó

el contrato de arrendamiento es nulo de nulidad absoluta, conforme a lo establecido en el artículo 19, numeral 1 *eiusdem*, en concordancia con el artículo 69 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, disposición esta última que establece:

*‘Las zonas de parque y recreación no podrán ser destinadas a ningún otro uso: las destinadas a servicios comunales o de infraestructuras, sólo podrán afectarse a otros usos cuando fueren sustituidos por otras de igual uso y, por lo menos, igual dimensión y similares características. **Cualquier otro uso o acto contrario será nulo de nulidad absoluta**’.*

Por otra parte, la Ordenanza de Ejidos y Terrenos Propios del Municipio Araure del Estado Portuguesa, de fecha 9 de diciembre de 1986, establece:

‘Artículo 78: El Concejo Municipal no podrá otorgar en venta o arrendamiento, los Ejidos y terrenos propios del Municipio que a continuación se determinen:

(...)

B) Los terrenos donde existen recursos naturales, de interés histórico o turístico o que sirvan de aprovechamiento de la población”.

“Artículo 83: “Se considera inexistente la venta o arrendamiento de ejidos y terrenos propios hecha en contravención a la presente Ordenanza”. (Resaltado de la Sala).

..omissis...

Por las razones antes expuestas, y visto que la parcela de terreno en referencia no podía ser otorgada a los recurrentes en arrendamiento con opción de compra, ya que existía una declaratoria de interés recreativo y cultural, lo que determina vicios de nulidad absoluta en el acto administrativo, tal como fue declarado en el acto recurrido en sede jurisdiccional, la Sala concluye que en el presente caso no se configura el vicio de falso supuesto planteado por la parte recurrente. Así se decide.

4. Derecho Marcario

4.1 Elementos a considerar para determinar si la similitud entre dos marcas es lo suficientemente relevante para impedir su coexistencia en el mercado. Especial referencia a las marcas complejas

Sentencia N°: 00072
Fecha: 22-01-09
Caso: Aldo Ferro García vs Ministro de Fomento (hoy, Ministro del Poder Popular para las Industrias Ligeras y Comercio).

La jurisprudencia de este Alto Tribunal ha venido delineando los diferentes elementos que han de tomarse en consideración para determinar si existe un parecido suficiente entre dos marcas, como para que resulte imposible legalmente la coexistencia de las mismas en el mercado. Ello, atendiendo siempre a la causa de la institución respectiva que, en materia marcaria, se fundamenta en la necesidad colectiva de que los productos objeto del comercio contengan un signo distinto exclusivo que sirva para diferenciarlo de otros similares en el mercado, evitando así la confusión o equivocación del público consumidor, que tiene derecho a no ser inducido a error en relación con los productos de su preferencia coexistentes en un mercado de libre competencia.

En tal sentido, debe la Sala en la presente oportunidad reiterar que existen diversos elementos a considerar para determinar si la similitud entre dos marcas es lo suficientemente relevante para impedir su coexistencia en el mercado. Así, en el fallo N° 514 del 3 de abril de 2001 (ratificada según sentencias SPA N° 911 del 10 de mayo de 2001 y N° 01382 del 1° de agosto de 2007), se estableció lo siguiente:

‘En este sentido, cabe reiterar que en materia de propiedad industrial son escasas las reglas con valor permanente para concluir en la confundibilidad de marcas. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala han establecido determinados criterios para apreciar la semejanza entre marcas, los cuales no tienen un carácter taxativo sino meramente enunciativo y deberán ser aplicados a la luz de cada caso concreto (véanse sentencias de la Sala Político-Administrativa de fechas 14 de junio de 1984 y 07 de noviembre de 1995, casos: Sáfilo Societa Azionaria Fábrica Italiana Lavorazione Occhiale (SAFILO S.P.A.) y THE CLOROX COMPANY, respectivamente). Algunos de estos parámetros se enumeran a continuación:

a) La confundibilidad entre marcas debe ser evidente y no el resultado de un análisis por separado de cada uno de los elementos que integran la respectiva marca: la confusión debe resultar pues, de la comparación que se haga a simple vista o de ser oída. En este examen debe también apreciarse el impacto que pueda producir el o los elementos que por resaltar suficientemente dentro de su propio conjunto, constituirían la imagen figurativa y/o fonética característica individualizadora a recordar por el consumidor.

b) Las marcas gráficas y complejas deben juzgarse en su conjunto y no por elementos tomados aisladamente;

*c) La acentuación prosódica u ortográfica, sin que constituya por sí sola un elemento de juicio, debe tomarse en cuenta al establecer las diferencias. **De allí que puedan coexistir marcas nominativas con algunas sílabas idénticas, si el resto de las sílabas que integran la palabra y su acentuación difieren a tal punto que evitan toda posible confusión;***

d) Debe considerarse también, la naturaleza de los bienes que pretende identificar la marca; si pertenecen a la misma clase, su estructura y su ámbito comercial’. (Destacado agregado en este fallo).

De ahí que, para juzgar la confundibilidad entre marcas, cuando alguna de ellas sea de las denominadas “marcas complejas”, deba analizarse la marca en su conjunto y no cada uno de sus elementos por separado, aun cuando algunos

de éstos puedan consistir en signos o palabras similares a otras ya registradas que, por su naturaleza, dentro del conjunto, no quedarían protegidas aisladamente, por sí solas, como un derecho exclusivo de uso, puesto que el registro es sobre el conjunto que constituye la marca, y no sobre cada uno de sus elementos por separado.

Asimismo, la confusión debe resultar de una simple comparación de ambos signos y tomando en cuenta la apreciación de la fuerza expresiva o de impacto en el consumidor, (...)

5. Funcionarial y Régimen Disciplinario

5.1 El abandono o renuncia de la denuncia que da inicio al procedimiento disciplinario incoado contra un juez o jueza no se traduce en la extinción de dicho procedimiento

Sentencia N°: 00144
Fecha: 04-02-09
Caso: José Francisco González Lamuño vs Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

En consecuencia, aun cuando en el presente caso la abogada Ana Rosa García desistió de la denuncia formulada contra el juez recurrente, ello no implica que el procedimiento disciplinario deba culminar; sino al contrario, dado el carácter público de la función de administración de justicia llevada a cabo por los jueces, el órgano disciplinario se encuentra obligado a determinar si existen hechos que comprometan la responsabilidad del funcionario en cuestión, que es inderogable por las partes y cuya acción no está sometida al interés particular.

Por tanto, mal puede alegar el recurrente la violación del debido proceso por parte del órgano disciplinario, ya que el hecho de que el procedimiento disciplinario se hubiese iniciado por denuncia, posteriormente retirada, no implica que deba eximirse de responsabilidad a los jueces por faltas cometidas en el ejerci-

cio de sus funciones, la cual está establecida en el artículo 255 de la Constitución que dispone que los jueces son responsables por las faltas y errores cometidos en el desempeño de sus funciones. Así se decide.

5.2 La determinación de responsabilidad administrativa es de naturaleza personal, lo cual puede traducirse en decisiones distintas para varios sujetos involucrados en un mismo hecho

Sentencia N°: 00753
Fecha: 03-06-09
Caso: Leonor Granadillos Vargas vs Contraloría General de la República.

En cuanto a la naturaleza de la aludida determinación de responsabilidad administrativa, conviene destacar que conforme al criterio sentado por este órgano jurisdiccional en anteriores oportunidades (*Vid.*, entre otras, Sentencia SPA N° 00051 del 15 de enero de 2003), dicha situación es de eminente carácter personal, lo cual se traduce en que dos personas sometidas a una investigación por los mismos hechos no necesariamente van a recibir iguales consecuencias, toda vez que su participación o especial situación de hecho puede modificar el resultado en uno u otro supuesto.

Lo anterior constituye una derivación de los principios que informan el derecho penal y los cuales son aplicables, en cuanto resulten compatibles en sede administrativa, a todo lo que se refiere a la potestad disciplinaria o sancionatoria de la Administración Pública.

Por lo tanto, como regla general, la materialización de consecuencias distintas, no necesariamente involucra un trato desigual, a menos que se pruebe que las partes involucradas se encontraban en idéntica situación de hecho, aspecto este último sobre el cual cabe mencionar que no existe prueba alguna en autos.

5.3 La prestación de servicios por parte del personal docente de universidades nacionales tiene el carácter de empleo público

Sentencia N°: 01173
Fecha: 05-08-09
Caso: Rosario Josefina Delgado Dupón vs Consejo Universitario de la Universidad del Zulia.

Con base en lo establecido precedentemente, esta Sala comparte el criterio sostenido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que la prestación de servicios por parte del personal docente de las universidades nacionales tiene el carácter de empleo público y por tanto, se encuentra regulada por la Ley de Universidades y los Reglamentos dictados al efecto por la Universidad respectiva.

En el presente caso, no sólo se evidencia la naturaleza del servicio prestado por la accionante (de inminente carácter público), sino que el contrato suscrito entre las partes a tales efectos establece de manera expresa que tanto la Ley de Universidades como los Reglamentos internos dictados por la Universidad del Zulia regularían dicha relación de empleo público.

En tal sentido, esta Sala, atendiendo a la naturaleza de la función desempeñada por los docentes de universidades nacionales, en reiteradas oportunidades ha establecido que las relaciones funcionariales o de empleo público que involucren a tal personal deben estar tuteladas, primordialmente, por los principios –de orden constitucional– relativos al juez natural y al criterio de especialidad, de acuerdo a la materia de que se trate, de conformidad con los artículos 26 y 49 numeral 4 de la Carta Magna, excluyéndolos del ámbito de la Ley Orgánica del Trabajo.

Con vista en lo expuesto, este órgano jurisdiccional desecha el argumento establecido por la parte recurrente, referido a que *'la relación jurídica existente entre las partes debe estar regulada no sólo por la Ley de Universidades, sino por la Ley Orgánica del Trabajo'*.

6. Procedimientos especiales

6.1 El lapso para que tenga lugar la fase de conciliación en los procedimientos previstos para ventilar las controversias administrativas y los conflictos de autoridades debe ser ordenado por el juez

Sentencia N°: 00510
Fecha: 29-04-09
Caso: Concejo del Municipio Maracaibo del Estado Zulia vs Alcaldía del Municipio Maracaibo del Estado Zulia.

Ahora bien, en el presente caso, el apoderado judicial de la parte actora mediante diligencia de fecha 8 de julio de 2008, solicitó se ordenen '*...los actos conciliatorios previstos en el aparte 29 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia...*'.

Se observa que la mencionada disposición establece lo siguiente:

'...Artículo 21. (...) Vencidos los términos señalados anteriormente, el Tribunal Supremo de Justicia procurará la conciliación de las partes, en un lapso de cinco (5) días hábiles continuos. Si no se lograse la misma, se abrirá de pleno derecho, el lapso probatorio. Los lapsos para promover y evacuar pruebas se realizará conforme lo prevé el Código de Procedimiento Civil...'

Al respecto cabe señalar que sobre el citado aparte 29 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, no se había emitido pronunciamiento con anterioridad y es por ello, que ante la solicitud planteada en el caso bajo análisis, se debe precisar que tratándose de un lapso procesal dirigido a que las partes manifiesten expresamente ante este Máximo Tribunal su voluntad de resolver y superar la materia objeto de conflicto o controversia en cuestión, la Sala considera que la apertura de dicho lapso de cinco (5) días hábiles continuos, debe ser ordenada por el Juzgado de Sustanciación, a diferencia del lapso probatorio previsto en el enunciado artículo, el cual se abre de pleno derecho. El mencionado lapso sólo se ordenará en aquellos supuestos en los cuales no se encuentre involucrado el orden público.

6.2 Estando pendiente el trámite del arreglo amigable previsto en la ley de expropiación por causa de utilidad pública no podrá plantearse en sede judicial pretensión de daños y perjuicios derivada del decreto de afectación

Sentencia N°: 00414
Fecha: 01-04-09
Caso: Eleuterio Presbítero Marciales Guerra vs República Bolivariana de Venezuela.

Como se observa del fallo anteriormente transcrito, estando pendiente el trámite del arreglo amigable previsto en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, fue planteada una demanda a través de la cual se pretendía la satisfacción de la indemnización objeto del referido acuerdo. Siendo así, tomando en cuenta que en este caso, a través de la interposición de la acción se efectúan los mismos requerimientos formulados en sede administrativa, a pesar de que ante dicha instancia, éstos se encontraban en trámite y conforme a un procedimiento que no resulta compatible con el aplicado para la sustanciación y decisión de este juicio, a saber el procedimiento ordinario, debe concluirse, en la inadmisibilidad de esta demanda, con base en lo previsto en el ordinal 4° del artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable *ratione temporis*, que dispone: “No se admitirá ninguna demanda o solicitud que se intente ante la Corte: (...) Cuando se acumulen acciones que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles (...)”. Así se decide.

6.3 El procedimiento para tramitar las vías de hecho es el previsto para los recursos de nulidad contra actos administrativos

Sentencia N°: 00961
Fecha: 01-07-09
Caso: Inversiones Full Visión, C.A. vs Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre (I.N.T.T.T.).

En atención a lo expuesto, la Sala considera necesario citar el contenido del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

'...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...'

De la lectura de la disposición transcrita se aprecia que el constituyente atribuyó a la jurisdicción contencioso administrativa, amplias facultades para tutelar los derechos de los administrados ejerciendo el control de la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones y omisiones de la Administración Pública propiamente dicha y también, de la desarrollada por los particulares o por el Estado en todas sus manifestaciones.

En el mismo orden de ideas se debe advertir, que la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal mediante sentencia N° 925 del 05 de mayo de 2006 (*Caso: DIAGEO VENEZUELA C.A.*) aseveró que la jurisdicción contencioso administrativa es la idónea para resguardar los derechos constitucionales que resulten lesionados por actos, hechos, actuaciones, omisiones o abstenciones de la Administración conforme a lo preceptuado en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, concluyéndose que las vías de hecho y actuaciones materiales de la Administración pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo, a pesar de que la acción destinada a su impugnación no se encuentre expresamente prevista en la ley. A tal efecto, señaló que:

'(...) se advierte que, congruente con el carácter de tutor de derechos y garantías constitucionales que el Texto Fundamental con-

fiere a los órganos jurisdiccionales en su artículo 334, es menester afirmar que, tal y como lo prevé el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sólo es dada la utilización autónoma de la vía de amparo constitucional para restituir las lesiones atribuidas a actos, actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones de la Administración, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz a fin de restituir la situación jurídica infringida.

Con respecto a los medios procesales para enervar las lesiones constitucionales producidas por la actividad de la Administración, el artículo 259 del Texto Fundamental establece que: “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”. Ello significa que todos los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen potestad para resguardar los derechos constitucionales que resulten lesionados por actos, hechos, actuaciones, omisiones o abstenciones de la Administración, incluso, al margen de que las circunstancias fácticas denunciadas no encuadren dentro de los recursos legalmente establecidos, dado el carácter constitucional que ostenta dicha jurisdicción respecto de su objeto específico de impugnación.

De la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que ésta no se limita al mero control de la legalidad o inconstitucionalidad objetiva de la actividad administrativa, sino que constituye un verdadero sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo que los justiciables pueden accionar contra la Administración a fin de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por su actividad, aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales.

Ello así, las vías de hecho y actuaciones materiales de la Administración pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo, a pesar de que la acción destinada a su impugnación no se encuentre expresamente prevista en la ley, dado el carácter que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa (...).

Así, conforme al citado criterio jurisprudencial, el cual fue ratificado por esta Sala (*Vid.* Sentencia N° 00843 del 10 de junio de 2009), toda pretensión que se plantee contra cualquier forma de actuación u omisión de la Administración debe ser atendida por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que sea óbice la inexistencia de medios procesales especiales respecto de determinada forma de actuación.

En el presente caso, los apoderados judiciales de la parte actora interpusieron en nombre de su representada lo que denominan “*Acción de Tutela de Derechos Constitucionales*”, cuyo objeto de impugnación es la vía de hecho que, en su decir, cometió el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, cuando retiró de la autopista Francisco Fajardo, ubicada en la ciudad de Caracas, una valla publicitaria que, según la sociedad mercantil accionante, contaba con los permisos que se requerían para su instalación.

En un caso similar al que se analiza, la Sala Constitucional al conocer de la acción interpuesta por los abogados Enrique Guillén Niño y José Olivo Durán, ya identificados, actuando con el carácter de apoderados judiciales de la empresa BLUE NOTE PUBLICIDAD, C.A, calificada por ellos como “*acción de inconstitucionalidad por omisión*”, señaló lo siguiente:

*‘...Si bien es cierto que los apoderados judiciales de la recurrente señalan que la demanda versa sobre una ‘acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa’ interpuesto “contra la ineficacia parcial de la norma contendida (sic) en el primer párrafo y los ocho (8) numerales del artículo 92 de la Ley de Transporte Terrestre, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.985, de fecha 01 de agosto de 2008, por franca contradicción con el derecho constitucional a la defensa y al debido proceso (artículo 49 de la Constitución), derecho a la igualdad y la no discriminación (artículo 21 de la Constitución) y derecho a la seguridad jurídica (artículo 299)...”, no es menos cierto que, del contenido de los fundamentos del recurso se desprende que **no se trata de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa, sino que se trata de un recurso de nulidad por inconstitucionalidad contra la supra citada norma.***

En tal sentido, el juez, en virtud del principio del iura novit curia y de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, está facultado para calificar la pretensión del mismo, ya que éste conoce el derecho.

En torno a ello, se ha pronunciado esta Sala Constitucional en sentencia N° 318 dictada el 28 de febrero de 2007 (caso: *Fontana Poultry Packing C.A.*), cuando señaló lo siguiente:

*‘Como se expresó **la calificación jurídica que haga la representación judicial de la quejosa no puede ser vinculante para el juzgador quien, en definitiva, conoce el derecho.** Por tanto, en consideración a la sola delación del derecho constitucional supuestamente lesionado no puede determinarse la competencia, es decir, que habría que ahondar en las circunstancias fácticas de donde se origina la actividad lesiva’.*

(...)

*En efecto, aun cuando la requirente de tutela constitucional alegó la violación a derechos constitucionales de naturaleza laboral, denunció la vulneración a su derecho al libre ejercicio de la actividad económica, el cual, per se, no constituye una actividad de naturaleza mercantil, pues, ésta puede presentarse en el desarrollo de relaciones jurídicas de distinta naturaleza, de la cual no escapa la laboral. Por otro lado, se insiste, la sola invocación o delación de específicas violaciones a derechos constitucionales no debe circunscribir la actividad del juzgador en cuanto a la determinación del juzgado competente, por cuanto **es el operador de justicia quien debe, con atención al principio iura novit curia, otorgarle la calificación jurídica a la pretensión que haya sido deducida, con sujeción a los hechos que sean expuestos por las partes;** en otras palabras, para la correcta determinación del tribunal competente el sentenciador debe ponderar, en cada caso concreto, las circunstancias fácticas de las cuales se derive la supuesta injuria constitucional (...)* (Subrayado y negrillas de la Sala).

Asimismo, atendiendo a la finalidad del contencioso administrativo como lo es el restablecimiento de situaciones jurídicas-subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, la Sala Constitucional en sentencia N° 93 del 1° de febrero de 2006 (*Vid.* también en este sentido, Sent. N° 02106 del 27/9/06), ha interpretado que los tribunales con competencia contencioso-administrativa deben dar cabida a todo tipo de pretensión que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, independientemente de que la ilegalidad derive de un acto, hecho u omisión, y sin que sea óbice la inexistencia de medios procesales especiales respecto a determinada actuación, reconociendo así un sistema abierto de pretensiones a proponerse ante la referida jurisdicción. Asimismo, se estableció que en esta jurisdicción debe garantizarse la eficacia del tratamiento procesal de la pretensión y atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de la misma.

Conforme a la jurisprudencia anterior, esta Sala como máxima operadora de justicia, atendiendo al procedimiento más ajustado a las exigencias de la naturaleza y urgencia de la pretensión, debe desechar la solicitud de la empresa INVERSIONES FULL VISIÓN, C.A. de que se ordene a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, aplicar el procedimiento '*...establecido en los artículos 868 al 867 del Código de Procedimiento Civil, por ser el mismo el más expedito, breve y sumario, y por ende, el más eficaz y aplicable para la realización de la justicia de la presente causa...*', pues considera, tal y como fue establecido recientemente en la citada decisión N° 00843 del 10 de junio de 2009, que el procedimiento a aplicar en el presente caso, es el contenido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, concretamente el destinado a regular las acciones de nulidad contra actos administrativos de efectos particulares (artículos 19 y 21, apartes 10 y siguientes).

6.4 El recurso de abstención o carencia se extiende a cualquier incumplimiento de la administración pública, sin distinguir entre acciones genéricas o específicas, pudiendo también interponerse en aquellos casos en que opera el silencio administrativo

Sentencia N°: 00958
Fecha: 01-07-09
Caso: Manuel José Fermín Regardez vs Ministro de la Defensa (hoy Ministro del Poder Popular para la Defensa).

A tal fin se observa, que tanto la Procuraduría General de la República como la representante del Ministerio Público, sostuvieron que la presente acción resultaba inadmisibles, por cuanto el recurso de abstención o carencia sólo procedería, en su criterio, para tutelar el incumplimiento de obligaciones específicas de la Administración Pública, quedando fuera del objeto de dicha acción aquéllas que en contraposición son catalogadas como genéricas, tal es el caso, del deber de dar oportuna y adecuada respuesta

No obstante, con relación a la referida distinción entre obligaciones genéricas y específicas de la Administración Pública, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, tuvo oportunidad de pronunciarse en su sentencia

Nº 547 del 6 de abril de 2004, recaída en el caso: Ana Beatriz Madrid Agelvis, con ocasión de la cual se dispuso lo siguiente:

‘...En efecto, no considera que la obligación administrativa de dar respuesta a las solicitudes administrativas sea un ‘deber genérico’. En primer lugar, porque toda obligación jurídica es, per se, específica, sin perjuicio de que su cumplimiento haya de hacerse a través de una actuación formal (v.gr. por escrito) o material (v.gr. actuación física) y sin perjuicio, también, de que sea una obligación exclusiva de un sujeto de derecho o bien concurrente a una pluralidad de sujetos, colectiva o individualmente considerados.

En segundo lugar, porque aun en el supuesto de que distintos sujetos de derecho –en este caso órganos administrativos– concurren a ser sujetos pasivos de una misma obligación –en el caso de autos, el deber de todo órgano de dar oportuna y adecuada respuesta–, dicho deber se concreta e individualiza en el marco de cada relación jurídico-administrativa, por lo que es una obligación específica frente al sujeto determinado que planteó la petición administrativa. Y en tercer lugar, porque bajo el imperio de 1999 el derecho constitucional de dirigir peticiones a los funcionarios públicos abarca el derecho a la obtención de oportuna y adecuada respuesta, lo que supone el cumplimiento de concretos lineamientos, en los términos que antes explanó esta Sala, y, por ende, con independencia del contenido de la solicitud administrativa, la respuesta del funcionario debe ser oportuna y adecuada, lo que excluye cualquier apreciación acerca de la condición genérica de tal obligación. De allí que esta Sala Constitucional considera que el deber constitucional de los funcionarios públicos de dar oportuna y adecuada respuesta a toda petición es una obligación objetiva y subjetivamente específica.

(...)

Las anteriores consideraciones llevan a la consideración de que el recurso por abstención o carencia es un medio contencioso administrativo que puede –y debe – dar cabida a la pretensión de condena al cumplimiento de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica...’ (Resaltado de la Sala).

Tal posición fue, en parte, la asumida por esta Sala en Sentencia Nº 00179 del 11 de febrero de 2009, recaída en el Caso: Nelson Vinicio Chacín Fernández, en virtud de la cual se consideró procedente la mencionada acción de abstención o carencia como mecanismo idóneo para tutelar el incumplimiento de la obliga-

ción de dar oportuna y adecuada respuesta a una solicitud de jubilación formulada por el recurrente ante los órganos administrativos correspondientes.

De manera que, de acuerdo a las consideraciones expuestas quedan plenamente superados los parámetros que sirvieron de marco para el análisis de las acciones dirigidas al cuestionamiento de la inactividad de la Administración Pública, entre los cuales se postulaba el atinente a que se tratase “...de una obligación concreta y precisa inscrita en la norma legal correspondiente...”, es decir, que la acción como tal se refiriera “...a determinados actos (específicos) que los funcionarios estén obligados por las leyes a adoptar cuando el cumplimiento de la obligación sea procedente en conformidad con esas mismas leyes”. (Vid. sentencia SPA N° 1.976 del 17 de diciembre de 2003).

En consecuencia, en la actualidad y a diferencia de lo sostenido por la Procuraduría General de la República y por el Ministerio Público, cabe el empleo de esta especial acción contenciosa para tutelar cualquier incumplimiento de obligaciones de la Administración Pública, sin que sea procedente distinguir entre las denominadas obligaciones genéricas o aquéllas que en contraposición son catalogadas como específicas.

Empero, queda aún por dilucidar si, tal como lo expuso la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público, el empleo de esta especial acción contenciosa estaría excluido en aquellos casos en que la ley contemple la figura del silencio administrativo.

Tal interrogante, a juicio de la Sala, debe responderse en sentido negativo, en primer lugar, debido a que el silencio comporta una garantía del administrado, razón por la cual su ejercicio no resulta obligatorio y menos aún podría afirmarse que su falta de empleo genera consecuencias perjudiciales para el sujeto interesado, ya que ello lo convertiría en una carga procesal y no así en una garantía del administrado, criterio este último que se encuentra ampliamente superado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a partir de la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 22 de junio de 1982, con ocasión del recurso contencioso administrativo de nulidad intentado por la empresa Ford Motors de Venezuela, en la cual se estableció lo siguiente:

‘...cuando el legislador precisa que el interesado podrá intentar el recurso, es incuestionable que lo está facultando para recurrir y no que le está imponiendo la obligación para recurrir, pues, en tal caso, hubiera utilizado la expresión deberá intentar el recurso.

*La consecuencia de esta interpretación literal resulta obvia: si la disposición examinada consagra una facultad, un derecho, un beneficio a favor del administrado para intentar el recurso y no una carga o sanción, como sería la caducidad en caso de no ejercerlo en el lapso previsto, **no puede discutirse entonces que el administrado dispone de dos alternativas las cuales puede ejercer a su libre arbitrio; o intentar el recurso contencioso administrativo amparándose en el silencio administrativo, dentro de los seis meses siguientes a los noventa días previstos por el legislador a tal efecto; o dejar transcurrir esos tres meses y esperar que la Administración le responda expresamente su recurso administrativo, para acudir entonces, cuando tal decisión se produzca, a la vía jurisdiccional.***

...omissis...

Pero, si todavía no bastara la interpretación literal y lógica que acaba de hacer la Sala para dejar claramente establecido el carácter de garantía procesal a favor del administrado que reviste el silencio administrativo instituido en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, es pertinente recordar igualmente, como lo ha hecho la Corte en anterior oportunidad, dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador; y la segunda, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte. (S.P.A - 19-2-81)

Cundo (sic) la primera regla, cabe señalar en el presente caso, que la materia legislada atañe al ejercicio del recurso contencioso administrativo de anulación y que, en esa materia, el propósito deseado no sólo por el legislador sino por el constituyente venezolano, es de ampliar y no de restringir la garantía jurisdiccional contra actos arbitrarios o ilegales de la Administración; propósito que, en el caso del primer aparte del artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se ve patentizado a través del escrito de presentación del proyecto y en la Exposición de Motivos del mismo, en cuyos instrumentos se afirma que con la figura del silencio administrativo ‘se trata de hacer efectivos los derechos de los administrados ante la eventual desidia de la Administración’ y que ‘en esta forma se evita que el silencio administrativo impida el oportuno ejercicio de la acción’...’.

En respaldo de dicha interpretación conviene acotar, adicionalmente, que el silencio administrativo se verifica frente a toda solicitud o petición que se

formule ante la Administración Pública y no exclusivamente con ocasión del ejercicio de los recursos administrativos, tal como se evidencia de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que prevé lo siguiente:

'En los casos en que un órgano de la Administración no resolviera un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos ni a sus personeros de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora...'

Dicha norma se complementa, a su vez, con lo establecido en el artículo 5 *eiusdem*, conforme al cual '...a falta de disposición expresa toda petición, representación o solicitud de naturaleza administrativa dirigida por los particulares a los órganos de la Administración Pública y que no requiera sustanciación, deberá ser resuelta dentro de los veinte (20) días siguientes a su presentación o la fecha posterior en la que el interesado hubiese cumplido con los requisitos legales exigidos...'. (Resaltado de la Sala).

De manera que cualquiera sea la solicitud que se dirija a la Administración Pública, siempre será posible que se verifique y por consiguiente se invoque el silencio administrativo. Así lo estableció la Sala Político – Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de junio de 1991, recaída en el Caso: Rangel Bourgoín, en la cual se dispuso lo siguiente:

'...Para que exista el silencio rechazo es necesario que la Administración incumpla su obligación de decidir sobre una petición o un recurso dentro de un lapso determinado, pero también, por analogía, puede darse cuando deje de cumplir un acto a que estaba obligada legalmente. En efecto, a la 'no decisión', dentro de dicho lapso, se le califica de silencio, y además se le atribuye el contenido de una denegación, pero tácita, de la respectiva solicitud o recurso, precisamente para facilitar el ejercicio de los medios de impugnación por parte de los interesados, como ocurre con el llamado silencio administrativo negativo, tal como se contempla en los artículos 4º, 91 y 93 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Por definición, entonces, el silencio administrativo supone el incumplimiento por parte de la Administración de un deber; en el supuesto contemplado en la ley mencionada, de decidir expresamente –positiva o negativamente– sobre una petición o recurso en el lapso que corresponda. De forma que este silencio permite considerar que la Administración no cumplió con su obligación de decidir, para facilitar el ejercicio del derecho de defensa y satis-

facer el derecho constitucional de petición. Principio éste que también por analogía de acuerdo al artículo 4° del Código Civil, resulta aplicable cuando la Administración se abstiene de realizar un acto para el cual está obligada. En otras palabras, que tanto en los casos de falta de decisión y de falta de actuación de la Administración se puede dar el silencio administrativo negativo, respecto de ambos deberes incumplidos, para que los interesados no sufran indefensión...? (Resaltado de la Sala).

Tales precisiones son necesarias para la controversia, toda vez que de acuerdo a lo establecido por la Sala Constitucional el recurso de abstención o carencia constituye la vía idónea para tutelar incluso la obligación de la Administración Pública de dar una oportuna y adecuada respuesta, cuyo incumplimiento, como se señaló en las líneas que anteceden, trae como consecuencia que pueda invocarse la figura del silencio administrativo.

De manera que, pretender excluir el empleo de la acción que nos ocupa para aquellos casos en los que opera el silencio administrativo, equivale a afirmar que el recurso de abstención o carencia no es el medio idóneo para tutelar la omisión del deber de dar una oportuna y adecuada respuesta, situación que conllevaría a desconocer el criterio vinculante que en ese sentido sentó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en las decisiones antes citadas. (Resaltado de la Sala).

6.5 Las acciones por estimación e intimación de honorarios profesionales derivadas de una condenatoria en costas, prescriben a los 10 años en lugar de los dos años a que alude el artículo 1.982 del código civil

Sentencia N°: 01682
Fecha: 25-11-09
Caso: Inversiones Bella Vista S.A. vs Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFFE).

Respecto a la defensa previa de prescripción de la acción, observa esta Sala que –de acuerdo a lo alegado por la parte intimante en su libelo– la estimación e intimación de honorarios profesionales ejercida tiene su origen en la sentencia dictada por esta Sala el 19 de julio de 2005, mediante la cual se declaró sin lugar la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por la

sociedad mercantil Inversiones Bella Vista, S.A., contra la Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE) y donde se condenó en costas del juicio a la primera de las mencionadas empresas.

Así, del referido libelo se evidencia que las abogadas Carmen Adriana Aurrecoechea y Eugenia Lafée, antes identificadas, actuando con el carácter de apoderadas judiciales de Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE), señalaron: “*por cuanto las costas pertenecen a la parte vencedora y CADAFE es una empresa del Estado, por lo cual está de por medio el Patrimonio Público, hemos recibido instrucciones de proceder a hacer la correspondiente Estimación de Honorarios (...)*”. Seguidamente, pasaron a discriminar las actuaciones realizadas en la causa principal, estimándolas en la cantidad de trescientos setenta y ocho millones de bolívares (Bs. 378.000.000,00), ahora expresada en el monto de trescientos setenta y ocho mil bolívares (Bs. 378.000,00).

– En atención a lo antes señalado, comparte esta Sala el criterio asumido por el Juzgado de Sustanciación, puesto que la presente causa no se trata de un cobro de honorarios profesionales por parte de un abogado a su cliente sino, ante el cobro de costas procesales por parte de la victoriosa en juicio, contra la perdidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Abogados que expresa claramente “***Las costas pertenecen a la parte, quien pagará los honorarios a sus apoderados, asistentes o defensores. Sin embargo, el abogado podrá estimar sus honorarios y pedir la intimación al respectivo obligado, sin otras formalidades que las establecidas en esta Ley***”. (Negrillas de la Sala).

En este sentido, siendo la condena en costas procesales respecto de la parte gananciosa en juicio, una condena constitutiva que se traduce en un derecho personal de cobro de un crédito, la prescripción de ese derecho se verifica a los diez años, conforme lo dispone el encabezado del artículo 1.977 del Código Civil y no de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.982 *eiusdem*, pues como quedó expuesto, la presente causa no se trata de un cobro de honorarios profesionales por parte de un abogado a su cliente; por lo tanto, mal puede alegar la intimada al respecto que se le está cercenando el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa. Así se declara. (*Vid.* sentencia SPA N° 00430 del 9 de abril de 2008).

7. Régimen Municipal

7.1 La declaratoria de un área como zona de seguridad no se traduce en una violación a la autonomía municipal

Sentencia N°: 00076
Fecha: 22-01-09
Caso: Leopoldo López Mendoza y Otros vs Ejecutivo Nacional.

(...) tal como lo prevé el artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela '*...Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía **dentro de los límites de esta Constitución y de la ley** (...)...*'. (Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, la autonomía municipal lejos de ser absoluta se encuentra sujeta a las limitaciones establecidas tanto en la Constitución como en la Ley. Así, se observa que aun cuando los Municipios, en principio, detentan la potestad de ejercer aquellas materias de su competencia dentro de los límites de su circunscripción territorial, la declaratoria de una determinada área como zona de seguridad lleva implícita una modificación legal de ese régimen de competencia, el cual se justifica por la tutela de los intereses nacionales involucrados en el resguardo de aquellos espacios geográficos identificados como zonas de seguridad nacional.

En efecto, se aprecia que la Base Aérea ‘Generalísimo Francisco de Miranda’, tal como se expuso en el informe técnico inserto a los folios 10 al 17 del expediente administrativo, ‘...tiene como misión, apoyar y coordinar con los medios y recursos del Poder Aéreo Nacional dentro de la jurisdicción asignada y ejecutar operaciones aéreas de entrenamiento, apoyo y de combate, así como proporcionar servicios generales y administrativos a las unidades bajo su responsabilidad, a fin de contribuir con el mantenimiento de la soberanía del espacio aéreo nacional y el desarrollo integral del País...’.

Por consiguiente, el resguardo de dicha área, su administración y vigilancia no puede quedar subordinado al ejercicio de las competencias que, por ejemplo, en materia de ordenación urbanística y de regulación del tránsito y circulación poseen los Municipios.

De ahí que tales competencias deban ceder en función al interés nacional involucrado y por consiguiente someterse a las limitaciones que se deriven en ese sentido de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, sin que ello pueda interpretarse como una violación a la autonomía municipal y menos aún a la distribución vertical del poder.

7.2 La revisión por parte del Contralor General de la República de los concursos realizados por la elección de los contralores municipales no vulnera la autonomía municipal

Sentencia N°: 01117
Fecha: 29-07-09
Caso: Yreima Milena Rosas García vs Contralor General de la República.

En lo que respecta a la violación de la autonomía municipal y a la usurpación de funciones alegada, debe esta Sala precisar que el artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece: “...*Los Municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley (...)*...”. (Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse de la anterior norma, la autonomía municipal se encuentra sujeta a las limitaciones establecidas tanto en la Carta Magna como en

la Ley. Así, se observa que aun cuando los Municipios, en principio, tienen la potestad de ejercer aquellas materias de su competencia dentro de los límites de su circunscripción territorial, esa facultad se encuentra sometida a las limitaciones impuestas por la Constitución y a las leyes que las desarrollen.

En este sentido, debe reafirmarse que los Municipios deben someterse a las limitaciones que se deriven de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal en función del interés nacional involucrado en la materia, sin que ello pueda interpretarse como una violación a la autonomía municipal.

Bajo tales premisas, el artículo 176 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé:

‘Artículo 176. Corresponde a la Contraloría Municipal el control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes municipales, así como las operaciones relativas a los mismos, sin menoscabo del alcance de las atribuciones de la Contraloría General de la República, y será dirigida por el Contralor o Contralora Municipal, designado o designada por el Concejo mediante concurso público que garantice la idoneidad y capacidad de quien sea designado o designada para el cargo, de acuerdo con las condiciones establecidas por la ley’.

Por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, dispone en sus artículos 14 numeral 10, 26 numeral 2 y 28, lo siguiente:

‘Artículo 14. Son atribuciones y obligaciones del Contralor General de la República:

...omissis...

10. Ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal (...).

‘Artículo 26. Son órganos del Sistema Nacional de Control Fiscal los que se indican a continuación:

...omissis...

2. la Contraloría de los Estados, de los Distritos, Distritos Metropolitanos y de los Municipios. (...).

‘Artículo 28: El Contralor General de la República, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para la designación del Contralor o Contralora del estado mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, reglamentará

los concursos públicos para la designación de los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el Artículo 9, numerales 1 al 11, de esta ley’.

Conforme a las normas antes citadas, se desprende que corresponde al Contralor General de la República ejercer la rectoría del Sistema Nacional de Control Fiscal y dentro de esa rectoría tiene la potestad de reglamentar los concursos públicos para designar a los titulares de los órganos que integran dicho sistema, como es el caso de los Contralores Municipales.

Igualmente, entre las potestades atribuidas a la máxima autoridad contralora, se encuentra la facultad de revisión de los mencionados concursos, por lo que el órgano contralor actuó dentro del ámbito de sus competencias y en ejercicio de sus funciones contraloras, pues tal como se señaló anteriormente el artículo 32 de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, otorga a la máxima autoridad contralora la facultad para ordenar a las autoridades competentes, ante las irregularidades verificadas en la tramitación de los concursos públicos realizados a los fines de nombrar a los titulares de los órganos de control fiscal, revocar esos concursos y llevar a cabo otras convocatorias.

En consecuencia, debe esta Sala desestimar los vicios de usurpación de funciones y violación del principio de la autonomía municipal invocados.

7.3 Régimen de designación del síndico o síndica procuradora municipal y administración del personal adscrito a la sindicatura

Sentencia N°: 00079
Fecha: 22-01-09
Caso: Hilda Marisela Vera y Otros.

De los artículos transcritos se evidencia que la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, cambió el ámbito competencial relativo a la designación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora Municipal, adjudicando dicha atribución al Alcalde o Alcaldesa previa autorización del Concejo Municipal (artículo 116), cómo órgano que ejerce el control político de la entidad local. No obstante, de conformidad con el artículo 117 *eiusdem* cuando el Concejo Municipal no apruebe dicha designación deberá proponer una terna acompañada de

los soportes académicos y de cualquier otro orden que sustenten sus postulaciones, debiendo proceder entonces el mencionado órgano deliberante a pronunciarse en favor de una de las postulaciones presentadas, dentro de los quince días continuos siguientes, ‘...en defecto de lo cual, el alcalde o alcaldesa podrá designar a quien estime más apropiado dentro de la terna de postulados...’. Así, de conformidad con las disposiciones mencionadas, corresponde al Ejecutivo municipal la designación del Síndico, cuyas funciones son conexas a la administración del Municipio.

En virtud de lo anterior, la duda planteada se circunscribe a determinar a quién corresponde (Ejecutivo o Legislativo municipal) el nombramiento del personal de la Sindicatura Municipal, en razón del *vacío legislativo* existente luego de la lectura concatenada del citado Capítulo VI, Sección Segunda. *De la Sindicatura*, con los artículos 88 ordinal 7 y el artículo 95 ordinales 12 y 15, relativos a las obligaciones y atribuciones que ejercen el Alcalde o la Alcaldesa y el Concejo Municipal.

...omissis...

A los efectos de analizar este planteamiento, considera la Sala necesario transcribir el contenido de los referidos artículos de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

‘...Artículo 88. El alcalde o alcaldesa tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:

...Omissis...

7. Ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal y, en tal carácter, ingresar, nombrar, remover destituir y egresar, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en la ordenanza que rige la materia, **con excepción del personal asignado al Concejo Municipal (...)**. (Negrillas de esta sentencia).

A su vez, el artículo 95 relativo a los deberes y atribuciones del Concejo Municipal consagra lo siguiente:

‘(...) 12. Ejercer la autoridad en materia del sistema de administración de recursos humanos y, en tal carácter, podrá nombrar, promover, remover y destituir, de conformidad con los procedimientos establecidos en la ordenanza que rija la materia, **con excepción del personal de otros órganos del Poder Público Municipal**

...Omissis...

15. Nombrar el personal de las oficinas del Concejo Municipal, de la Secretaría y del Cronista del Municipio (...) ⁶ (Negrillas de esta sentencia).

Ahora bien, antes de pronunciarse acerca de la solicitud planteada, debe esta Sala precisar que el proceso de interpretación jurídica o hermenéutica requiere precisar el sentido gramatical (artículo 4 del Código Civil) y el análisis integral del texto legal en su conjunto, e incluso de éste aunado al de otros instrumentos normativos del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, de la lectura concatenada de los citados artículos de la vigente Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se observa en primer término, el cambio competencial hecho por el Legislador en favor del Ejecutivo municipal a los efectos de la designación del Síndico Procurador o Síndica Procuradora, ya que por el contrario, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía dicha competencia en favor del Concejo o Cabildo en el artículo 86 *eiusdem*.

A su vez, además del mencionado cambio competencial, el Legislador suprimió expresamente la atribución conferida anteriormente (en el numeral 15 del artículo 76 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal), al Concejo Municipal para designar el personal de las oficinas de la Sindicatura, quedando tan sólo a su cargo el nombramiento fuera de su seno, del personal de la Secretaría y del Cronista (órganos auxiliares de la entidad local), conforme a lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

En este contexto vale agregar que las referidas modificaciones de la vigente Ley que rige a las entidades municipales, entre otras, se llevó a cabo a los efectos de deslindar las funciones ejecutivas que ejerce el Alcalde o Alcaldesa de las funciones legislativas desarrolladas por el Concejo Municipal como órgano deliberante local y de control, superando así las críticas doctrinarias relativas a los eventuales conflictos que pudiesen surgir entre el Alcalde y el Concejo, así como las posiciones discordantes surgidas entre la Cámara de Diputados y la del Senado del antes denominado Congreso Nacional, en torno a la aprobación del Proyecto de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, relativas a la dependencia administrativa de la Sindicatura.

En razón de lo expuesto se concluye que de acuerdo a los nuevos enunciados de los referidos numerales 12 y 15 del artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al Concejo o Cabildo sólo le corresponde el nombramiento de su personal y el de la Secretaría y el Cronista y que en virtud de la atribución expresa en favor del Alcalde o Alcaldesa para designar al Síndico Procurador o

Síndica Procuradora, esta Sala interpreta que si bien este cuerpo normativo no establece ahora expresamente a quién corresponde lo relativo al ingreso, nombramiento, remoción, destitución y egreso del personal de la Sindicatura, es *al Alcalde o Alcaldesa a quien se atribuye la designación del personal adscrito a las oficinas de la Sindicatura*, en razón de que dicho funcionario es quien ejerce la máxima autoridad en materia de administración de personal, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 88 *eiusdem*.

No obstante, para mayor abundamiento resulta pertinente referir el contenido del ordinal 5 del artículo 74 de la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal en el cual se establecía lo siguiente:

‘...Artículo 74. Corresponde al Alcalde, como jefe de la rama ejecutiva del Municipio, las funciones siguientes:

...Omissis...

5° Ejercer la máxima autoridad en materia de administración de personal y, en tal carácter, nombrarlo, removerlo o destituirlo, conforme a los procedimientos establecidos, con excepción del personal asignado a la Cámara, Secretaría y Sindicatura Municipal, cuya administración corresponde al Concejo o Cabildo, a proposición de los respectivos titulares;(...)’ (Negrillas de esta sentencia).

Conforme a la referida disposición, la cual debía leerse en el mencionado texto normativo de manera concatenada al numeral 15 del artículo 76 de la citada Ley Orgánica de Régimen Municipal, se evidencia que además de atribuirse anteriormente al Concejo Municipal la facultad para designar al personal de las oficinas de la Sindicatura, estaba previsto también como parte de este procedimiento, que la selección del personal fuese propuesta por los titulares de los referidos órganos auxiliares, es decir, el Secretario o Secretaria y el Síndico Procurador o Síndica Procuradora, **razón por la cual considera este Máximo Tribunal que ante la interpretación planteada y en resguardo del espíritu, propósito y razón del instrumento jurídico vigente, debe llenarse en forma semejante este vacío normativo concluyendo que es del Ejecutivo Municipal en la persona de su Alcalde o Alcaldesa, de quien depende administrativamente el personal adscrito a las oficinas de la Sindicatura, a proposición del titular o la titular de este órgano auxiliar, es decir, del Síndico o Síndica Procuradora.**

7.4 Régimen de representación judicial del municipio y el otorgamiento de poderes en nombre de esa entidad

Sentencia N°: 01725
Fecha: 2-12-09
Caso: Cooperativa Laguna Río RS vs Municipio Tucupita del Estado Delta Amacuro.

En tal sentido, se observa que el artículo 118, numerales 1 y 2, así como el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos (G.O. N° 38.421 del 21 de abril de 2006), consagran lo siguiente:

‘...Artículo 152. Los funcionarios judiciales están obligados a citar al síndico procurador o síndica procuradora municipal en caso de demandas contra el Municipio, o a la correspondiente entidad municipal, así como a notificar al alcalde o alcaldesa de toda demanda o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente obre contra los intereses patrimoniales del Municipio o la correspondiente entidad municipal.

...omissis...’.

‘...Artículo 118. Corresponde al síndico procurador o síndica procuradora:

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

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

...omissis...’

Igualmente, el numeral 13 del artículo 88 del mencionado cuerpo normativo atribuye al Alcalde o Alcaldesa de la correspondiente entidad político territorial la atribución de *‘...designar los apoderados judiciales o extrajudiciales*

que asuman la representación de la entidad para determinados asuntos, previa consulta al síndico procurador o síndica procuradora municipal...’.

De lo anterior se infiere que el Municipio puede estar representado en juicio por el Síndico Procurador Municipal o por los apoderados judiciales de esa entidad, designados por el Alcalde, a través del poder que este último funcionario les confiera.

No obstante, en lo que atañe a la representación que ejerce en juicio el citado Síndico, cabe plantearse si ésta debe llevarse a cabo siempre y en todos los casos a título personal, o si, por el contrario, la misma puede sustituirse en otros abogados.

Al respecto se aprecia que la Ley Orgánica del Poder Público Municipal vigente para la fecha en que se verificaron los hechos, a diferencia de lo que ocurre con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no contempla una figura similar a la sustitución prevista en el artículo 34 de dicho cuerpo normativo en los siguientes términos:

‘...El Procurador o Procuradora General de la República, puede sustituir, mediante oficio, la representación de la República en los abogados del Organismo, en forma amplia o limitada, para que actúen dentro o fuera de la República, en los asuntos que le sean confiados. Los sustitutos deben reunir los requisitos y condiciones legales correspondientes...’.

No obstante, advierte la Sala que frente a la señalada omisión del cuerpo normativo que rige la materia, esto es, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal vigente para la fecha, el citado artículo 34 sería aplicable analógicamente a la controversia.

Lo anterior se justifica debido a la imposibilidad material del Síndico Procurador Municipal de atender personalmente todos los asuntos que judicial o extrajudicialmente sean planteados contra la correspondiente entidad político territorial, lo cual conduce a reconocer la existencia de figuras procesales como la descrita en las líneas que anteceden.

8. Responsabilidad

8.1 Las indemnizaciones que consistan en el cumplimiento de obligaciones de hacer no pueden involucrar la tutela de intereses colectivos y difusos

Sentencia N°: 01082
Fecha: 22-07-09
Caso: Luis Asunción Bello y Otros vs I.V.S.S.

Empero, queda aún por dilucidar la procedencia de las obligaciones de hacer a que aluden los demandantes en el libelo como parte de la reparación del daño que éstos han padecido, las cuales para una mayor comprensión del fallo serán analizadas por separado.

A tal efecto, se aprecia que entre las consideraciones que en ese sentido realizaron los accionantes está la atinente a que el demandado sea condenado a crear '*...en cuatro estados, por lo menos, con cobertura regional (Occidente, Oriente, Sur-Este y Zona Central), laboratorios de toxicología capaces de procesar muestras biológicas de personas afectadas por accidentes de intoxicación química...*'. Así, como la relativa a que se destine '*...un espacio web del Instituto a la información, prevención y orientación a los usuarios en materia de seguridad e higiene del trabajo, particularmente sobre accidentes químicos...*', pudiendo además destacarse, la concerniente a que "*...se*

dicte una Resolución mediante la cual los establecimientos hospitalarios estén obligados a crear un servicio de salud ocupacional que entre sus actividades prevenga en resguardo de trabajadores, pacientes y visitantes, la ocurrencia de accidentes como el que se produjo en el Hospital...’.

Igualmente, tampoco puede dejar de mencionarse dentro de la solicitud que al efecto realizaron los actores, las peticiones formuladas en los literales “a” y “d”, que en el orden en que fueron enunciadas contemplaron lo siguiente:

‘...a) Se dicte una Resolución para que en términos inmediatos, se inicie una evaluación integral de la condición de salud de todas aquellas personas afectadas por los sucesos de intoxicación masiva ocurridos en EL HOSPITAL durante el año 1993, incluyendo a los familiares afectados no reconocidos por el IVSS. Asimismo, se le ordene al IVSS o el ente que haga sus veces definir conjuntamente con nuestros representados y demás afectados, un plan que garantice las condiciones necesarias para que nuestros representados y demás afectados por la intoxicación, disfruten de servicios de atención médico-toxicológica –en términos reales– adecuados.

...omissis...

d) Se dicte una Resolución mediante la cual se establezca como política de la Institución, el fortalecimiento del Fondo Especial de Salud, creado, constituyéndose un fidecomiso que sea alimentado cada año vía presupuesto y se establezca que el mismo existirá hasta tanto cualquiera de las personas afectadas por la intoxicación en referencia permanezcan con vida, ya que se trata de patologías y problemas de salud de tipo crónico y degenerativo. (Sic)

No obstante, advierte la Sala que las pretensiones así planteadas rebasan el contenido de la presente acción y se sitúan en el campo de los intereses colectivos y difusos, toda vez que se orientan a satisfacer un interés general del grupo o colectivo que en forma alguna puede separarse del individual de los accionantes, aspecto sobre el cual este órgano jurisdiccional carece de competencia por corresponder su conocimiento a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, siendo con ello improcedentes las peticiones formuladas en tales términos.

En efecto, actividades como la creación de laboratorios, la destinación de un espacio en la web para la información sobre este tipo de accidentes o el diseño de políticas generales en materia de prevención de accidentes, son situaciones que, en modo alguno, pueden individualizarse a la esfera de intereses particulares de los accionantes, sino que la adopción de tales medidas necesariamente

incidiría en el grupo o colectivo y con ello modificarían la naturaleza de la acción que nos ocupa.

Sin embargo, lo expuesto no excluye la posibilidad de que esta Sala circunscriba las peticiones genéricamente planteadas a los intereses individuales de los accionantes, pudiendo con ello acordarse como parte de la reparación de los daños y perjuicios demandados, el cumplimiento de la obligación por parte del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) de brindar atención y asistencia médica prioritaria a los actores, respecto a los padecimientos que se encuentren íntimamente vinculados con el daño causado con ocasión de los hechos descritos en este fallo. Estos pagos ordenados constituyen los únicos que ha de cumplir la parte demandada respecto de los actores.

8.2 Limitaciones al régimen de responsabilidad del Estado por las fallas en la prestación del servicio eléctrico

Sentencia N°: 01458
Fecha: 14-10-09
Caso: Serviservicios Islas del Sol Morrocoy Resort, C.A. y Otra *vs* Compañía Anónima de Electricidad de Occidente (ELEOCCIDENTE).

Por último, sostuvo la apoderada judicial de las accionantes que como consecuencia del mal funcionamiento en la prestación del servicio eléctrico sus representadas sufrieron un grave daño en su reputación, cuya indemnización estimaron en la cantidad de Quinientos Millones de Bolívares (Bs. 500.000.000,00), actualmente expresados en la suma de Quinientos Mil Bolívares Exactos (Bs. 500.000,00).

Específicamente, señalaron que las fallas en la prestación del servicio eléctrico le generaron un daño moral, toda vez que siendo sus representadas empresas dedicadas a la prestación del servicio hotelero, las interrupciones en el suministro de electricidad afectaron su reputación por la reducción del confort de sus instalaciones.

No obstante, en torno a la procedencia de dicho alegato advierte la Sala que no consta en autos prueba alguna tendiente a demostrar que la reputación de las accionantes haya sufrido una merma como consecuencia de las citadas interrupciones del servicio eléctrico y aun cuando pudiera inferirse una relación

directa entre las fallas del servicio eléctrico y una reducción de la comodidad de las instalaciones de las empresas demandantes, dicha circunstancia no es imputable a la sociedad mercantil demandada.

En tal sentido se observa que a pesar de que una región pudiera presentar inconvenientes en torno a la prestación del servicio eléctrico, ello no se traduce necesariamente, como pretenden las accionantes, en una afección a la reputación y calidad del servicio brindado por las empresas hoteleras instaladas en el lugar.

Concretamente se advierte que las demandantes explotan su actividad en una región en la cual el servicio eléctrico, además de haber sido declarado en emergencia, es prestado sin las grandes ventajas de los centros más desarrollados o urbanizados del país; no obstante, dado que tales elementos constituyen hechos o riesgos previsibles de la inversión, existiendo la posibilidad de adoptar medidas para aminorarlos, concluye la Sala que quienes tomen los correctivos del caso no van a estar afectados, como aducen las accionantes, en sus respectivas reputaciones.

De ahí que, a juicio de este órgano jurisdiccional, el posible descenso en la calidad o confort de las instalaciones de las accionantes, lo cual no ha sido demostrado en autos que haya ocurrido, en caso de ser cierto, es una circunstancia que no depende o se relaciona directamente con las interrupciones del servicio eléctrico, además ese era un elemento conocido por las inversionistas y por tanto son éstas las que han debido adoptar las medidas necesarias para explotar su actividad comercial en una zona cuyas condiciones y niveles de los servicios no se compara con el de otros sectores del país.

Por lo tanto, tratándose de riesgos previsibles, el inversionista debió antes de efectuar la inyección de capital, tomar en consideración tales elementos, los cuales de materializarse no son indemnizables por el Estado, debiendo las empresas afectadas en ese sentido asumir las consecuencias tanto de su actuación como de su omisión.

En el primer caso, esto es, la actuación imputable a las inversionistas, se aprecia que ésta vendría dada por el hecho de que dichas empresas a sabiendas de los problemas registrados en la región respecto a la prestación del servicio eléctrico, decidieron libremente explotar bajo su riesgo la correspondiente actividad comercial en ese lugar.

Adicionalmente a la conducta descrita, la verificación del daño sólo es posible con la concurrencia de una omisión, también imputable a las demandantes, la cual consistiría en la falta de adquisición de las plantas eléctricas y los equipos que le permitan proteger los artefactos eléctricos de las respectivas fluctuaciones de energía, para garantizar el confort de sus instalaciones.

En consecuencia, concluye la Sala que quienes no cumplan tales diligencias u omitan tomar las previsiones correspondientes, no pueden pretender una indemnización del Estado por el supuesto mal funcionamiento del servicio público, ya que los daños así demandados, de ser ciertos, serían el producto de una conducta y una omisión no imputables a la empresa demandada, debiendo por ello declararse improcedente la reclamación que en ese sentido formularon las empresas accionantes. Así se decide.

8.3 Régimen de responsabilidad del Estado Legislador

Sentencia N°: 01821
Fecha: 16-12-09
Caso: Vannessa Glayber Castillo Basalo y Otros vs República Bolivariana de Venezuela

En efecto, incluso si se aceptase que las normas concretas que regulan la aplicación tanto de la prueba de C.N.U. como la PAI de la Universidad de Carabobo, pudieran constituir limitaciones injustificadas en lo que respecta al derecho al acceso a la educación superior, cabe destacar que en lo que concierne al tema de la responsabilidad del Estado legislador, aun cuando el orden constitucional vigente excluiría la aplicación de criterios en virtud de los cuales se consideraban absolutamente improcedentes las indemnizaciones derivadas de la aplicación de una ley, dado el carácter general y soberano que se atribuye a esos actos legislativos; no obstante, es menester destacar que en la actualidad se han delineado situaciones concretas que deben concurrir para que sea procedente el resarcimiento de los daños derivados de la existencia de una disposición normativa.

Tales situaciones, a pesar de que suelen ser sumamente casuísticas, pudieran resumirse en dos grandes supuestos. El primero, que se presenta cuando la norma es arbitraria o discriminatoria, vulnerando con ello el principio de igualdad; y, el segundo, verificado cuando éste (acto normativo) impone un sacrificio anormal que el particular no está en la obligación de soportar.

En cuanto a la primera hipótesis, esto es, “la arbitrariedad de la ley”, advierte la Sala que dicha expresión como concepto jurídico indeterminado debe necesariamente ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico.

De esta forma, la doctrina suele afirmar respecto a la arbitrariedad de las decisiones judiciales y demás actos del Poder Público que ello se configura cuando tales actos carecen de una justificación objetiva o razonable, o aparecen desprovistos de razón suficiente o resultan manifiestamente irrazonados o irracionales por incurrir en contradicciones internas o errores lógicos o se presentan como fruto de un voluntarismo casuístico o como conclusión de una causa que no correspondía con la indudable realidad de lo acontecido, debiendo el juez en cada caso determinar conforme a criterios objetivos si la ley puede o no ser calificada de arbitraria.

Por otro lado, en lo que atañe al segundo supuesto delineado por la jurisprudencia como hipótesis en la cual se considera procedente el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la aplicación de una disposición normativa, se aprecia que éste se relaciona estrechamente con el derecho a la igualdad y la correlativa prohibición de trato discriminatorio.

En efecto, cuando se alude a la teoría de responsabilidad por sacrificio particular, la razón que se aduce como fundamento del resarcimiento de los daños y perjuicios exigidos en ese sentido, es precisamente el desequilibrio que se produce respecto a la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, conceptos éstos que son trasladables al ámbito de la responsabilidad del Estado Legislador.

De ahí que, resulta conveniente señalar que respecto al derecho a la igualdad se ha establecido en anteriores oportunidades que éste debe interpretarse como aquel que tienen todos los ciudadanos de que no se establezcan excepciones o privilegios por excluir a unos de lo que se les concede a otros; asimismo, se ha precisado en jurisprudencia sobre la materia, que la discriminación existe también cuando situaciones análogas o semejantes se deciden, sin aparente justificación, de manera distinta o contraria (*Vid.* Sentencia SPA/TSJ N° 1450 del 7-6-06).

De forma que, atendiendo a las nociones anteriores, debe la Sala establecer si en el caso concreto se cumple alguno de los supuestos arriba mencionados a objeto de precisar si es procedente la indemnización solicitada por los demandantes en el libelo.

8.4 Régimen de responsabilidad por enfermedades profesionales

Sentencia N°: 01082
Fecha: 22-07-09
Caso: Luis Asunción Bello y Otros vs I.V.S.S.

De manera que atendiendo a la condición de trabajadores que poseen los demandantes respecto al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), así como tomando en consideración que su pretensión se dirige a obtener una indemnización basada en una presunta enfermedad profesional, esta Sala juzga procedente efectuar las siguientes precisiones en torno al régimen jurídico aplicable a la controversia.

A tal fin se aprecia, que este órgano jurisdiccional, con ocasión a un caso similar al de autos, ya había tenido oportunidad de efectuar algunas reflexiones con relación al señalado régimen jurídico, indicando en sentencia de esta Sala N° 01481 del 08 de junio de 2006, lo siguiente:

‘Disponía el artículo 140 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.219 (Extraordinario) del 12 de julio de 1983, aplicable racione temporis:

‘Los propietarios de las empresas, explotaciones y establecimientos que no estén expresamente exceptuados por el artículo 143 estarán obligados a pagar a los obreros, empleados o aprendices ocupados por tales empresas, las indemnizaciones previstas en este Título por los accidentes y por las enfermedades profesionales que provengan del servicio mismo o con ocasión directa de él, exista o no culpa o negligencia por parte de la empresa o por parte de los obreros, empleados o aprendices.–’

Asimismo, el artículo 142 de la mencionada Ley establecía:

‘Se consideran como enfermedades profesionales todos los estados patológicos resultantes del trabajo que efectúa el obrero o del medio en el cual se encuentra obligado a trabajar; y que provocan en el organismo una lesión o un trastorno funcional, permanente o temporal, pudiendo ser determinadas las dichas enfermedades profesionales por agentes físicos, químicos o biológicos’.

Por su parte el artículo 28 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo vigente para la fecha en que ocurrieron los he-

chos, esto es, la publicada en la Gaceta Oficial N° 3.850 (Extraordinario) del 18 de junio de 1986, estatúa:

‘Se entiende por enfermedades profesionales, a los efectos de esta Ley, los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo o exposición al medio en el que el trabajador se encuentre obligado a trabajar; y aquellos estados patológicos imputables a la acción de agentes físicos, condiciones ergonómicas, meteorológicas, agentes químicos, agentes biológicos, factores psicológicos y emocionales, que se manifiesten por una lesión orgánica, trastornos enzimáticos o bioquímicos, trastornos funcionales o desequilibrio mental, temporales o permanentes, contraídos en el medio ambiente de trabajo que señale la reglamentación de la presente Ley, y en lo sucesivo se añadieran al ser aprobada su inclusión por el organismo competente’.

Como puede apreciarse de las normas transcritas se consagraba un régimen especial conforme al cual ya se establecía la obligación por parte del patrono de indemnizar los daños y perjuicios que se derivaran de los accidentes o enfermedades padecidas por el trabajador con motivo del ‘...servicio mismo o con ocasión directa de él...’, sin importar si ‘...exista o no culpa o negligencia por parte de la empresa **o por parte de los trabajadores o aprendices...**’.

No obstante, el aludido régimen dirigido a salvaguardar los intereses de los trabajadores, a quienes el legislador ha dado una especial protección fundada en su condición de débil jurídico, supeditaba y sigue aún actualmente supeditando la procedencia de dicha responsabilidad a la circunstancia de que se demuestre la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a consecuencia de la cual se hayan generado los daños y perjuicios reclamados.

Lo indicado resulta relevante, ya que aun y cuando no se requiere para la configuración de este tipo de responsabilidad que el trabajador demuestre la culpa o negligencia del patrono, lo que sí resulta indispensable a tales fines es que se acredite, la presencia del estado patológico que se alega y que éste se derive o relacione con la labor o empleo desempeñado por el trabajador.

En este sentido, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido en reiterada jurisprudencia sobre el tema lo siguiente:

‘...Para que una demanda por enfermedad profesional prospere, el actor debe alegar y demostrar tanto la enfermedad como la relación existente entre el estado patológico aducido y el trabajo desempeñado, no como una relación de causalidad, es decir, de causa a efecto o de necesidad, como tradicionalmente se interpretó la

expresión “resultante del trabajo” consagrada en el artículo 142 de Ley del Trabajo de 1936 derogada, sino como la producida en el lugar y tiempo del trabajo, es decir, asociada en gran medida al servicio personal prestado, que lleve al juez la convicción de que si el trabajador no hubiese desarrollado la labor no habría contraído la afección, o no la habría desarrollado en la misma medida, pues es esa la intención del legislador cuando reemplazó la expresión señalada “resultante del trabajo”, por las de “con ocasión del trabajo” o “por exposición al ambiente de trabajo”. (Vid. Sentencia de fecha 17 de diciembre de 2001, dictada por la Sala de Casación Social, en relación de la demanda que por daños y perjuicios intentó Carlos Domínguez Felizola vs las sociedades mercantiles DHL Fletes Aéreos, C.A. y otras).

Por lo tanto concluyó esta Sala en esa oportunidad, respecto a este especial régimen de responsabilidad, que aun cuando “...la legislación laboral obliga al patrono a responder, con prescindencia de la culpa de éste o incluso del propio trabajador, por los daños que se le pudieran ocasionar a su dependiente con motivo de una enfermedad profesional, la procedencia de dicha responsabilidad queda supeditada a la relación que se derive de la patología que el trabajador alega padecer y la labor que éste desempeñaba...” (Vid. Sentencia SPA N° 01481 del 8 de junio de 2006).

En el caso analizado, se advierte que la Ley Orgánica del Trabajo aplicable *ratione temporis*, es la publicada en la Gaceta Oficial N° 4240, Extraordinario, del 20 de diciembre de 1990; no obstante, visto que dicho cuerpo normativo reproduce en sus artículos 560 al 562 el contenido de los dispositivos enunciados en la aludida decisión, esto es, los artículos 140 y 142 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo, las consideraciones efectuadas en el citado precedente jurisprudencial son, en principio, extensibles a la presente controversia.

Empero se advierte que conforme a lo dispuesto en el artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos, el aludido régimen de responsabilidad objetiva queda exceptuado y por consiguiente, sometido a las disposiciones del derecho común o las especiales que le conciernan, cuando se verifica una cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el accidente hubiese sido provocado intencionalmente por la víctima;
- b) Cuando el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo, sino se comprobare la existencia de un riesgo especial.

- c) Cuando se trate de personas que ejecuten trabajos ocasionales ajenos a la empresa del patrono;
- d) Cuando se trate de personas que ejecuten trabajos por cuenta del patrono en sus domicilios particulares; y
- e) Cuando se trate de los miembros de la familia del propietario de la empresa que trabajen exclusivamente por cuenta de aquél y que viven bajo el mismo techo.

De manera que, a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable a la controversia, debe en primer lugar atenderse a las condiciones de modo, tiempo y espacio en que ocurrió el accidente, a objeto de verificar si se encontraba presente alguna de las situaciones descritas en artículo 563 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para la fecha.

9. Teoría de los actos administrativos y procedimientos administrativos

9.1 No resulta necesario abrir un procedimiento administrativo, a los fines de que la administración pública ejerza la correspondiente potestad revocatoria

Sentencia N°: 01685
Fecha: 25-11-09
Caso: Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal vs Ministro de la Producción y el Comercio (hoy Ministro del Poder Popular para el Comercio)

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, la entidad bancaria recurrente mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 2001 interpuso recurso jerárquico, en virtud de la supuesta denegación tácita de la solicitud por ella formulada el 31 de julio de 2001, de conformidad con lo previsto en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, referida al reconocimiento de la nulidad absoluta del acto originario dictado el 9 de agosto de 2000 por el Coordinador Regional del INDECU en el Estado Carabobo.

Así, respecto de la potestad de autotutela de la Administración, esta Sala ha precisado lo siguiente:

‘En lo que respecta a la potestad de autotutela de la Administración, se debe señalar que una de sus manifestaciones más importantes es la potestad revocatoria, que no es más que la posibilidad de poder revisar y corregir sus actuaciones administrativas y, en consecuencia, la facultad para extinguir sus actos administrativos en vía administrativa.

Esta potestad se encuentra regulada, en primer lugar, en la norma prevista en el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos antes transcrito, en el sentido de que los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, sea por la misma autoridad que dictó el acto o su superior jerárquico, siempre y cuando no originaren derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular.

Por otro lado, la potestad declaratoria de nulidad que está prevista en el artículo 83 eiusdem, 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.

Así las cosas, observa esta Sala que si bien la norma antes referida consagra la posibilidad de la Administración de revisar en cualquier momento de oficio o incluso a solicitud de particulares los actos por ella dictados, esa facultad debe ejercerse siempre y cuando se detecte alguno de los vicios de nulidad absoluta señalado taxativamente en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos’. (Vid. sentencia N° 01107 del 19 de junio de 2001, caso: Virgilio Elías Velásquez, reiterada en decisión N° 00687 del 18 de junio de 2008, caso: Ángel Domingo Utrera).

En efecto, esta potestad o poder de la Administración se ve materializada a través del ejercicio de diversas facultades, como lo son la posible convalidación de los actos viciados de nulidad relativa mediante la subsanación de éstos; la revocatoria del acto por razones de oportunidad e ilegalidad, siempre que no se originen derechos subjetivos, bien a través del reconocimiento de nulidad absoluta y por último, la corrección de errores materiales.

Con vista en ello y ante la denuncia de *desviación de procedimiento* alegada, esta Sala en reiteradas oportunidades ha señalado:

‘(...) en casos como éstos en los que impera la autotutela, no existe en principio, la obligación de abrir un procedimiento administrativo (que garantice los derechos del Administrado), por

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

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

9.2 Para el otorgamiento de licencias obligatorias en materia de productos farmacéuticos, la administración pública debe notificar a los titulares de la respectiva patente del inicio de dicho procedimiento administrativo

Sentencia N°: 01646
Fecha: 18-11-09
Caso: Abbott Laboratories, C.A. vs Ministra de Salud y Desarrollo Social.

En efecto, el matiz que sufre este tipo de aprobaciones obedece principalmente a la circunstancia de que con los estudios realizados por los productos originales, la seguridad del medicamento ya quedó comprobada, lo cual no impide que la Administración vigile constantemente que esa misma seguridad y eficacia se mantenga respecto al medicamento genérico.

En el presente caso, el procedimiento seguido por la Administración para la adopción de la Resolución recurrida es el denominado procedimiento breve, por tratarse de la autorización de productos farmacéuticos que tienen un principio activo previamente registrado en Venezuela, esto es, el fármaco denominado Reductil.

Ahora bien, a pesar de que tales procedimientos tienen naturaleza autorizatoria, lo cual, en principio, no involucra una contención o contradictorio que conlleve a la notificación de posibles terceros interesados, cabe acotar que en situaciones como la presente en la que dicha autorización puede involucrar un juzgamiento sobre la expiración del lapso razonable de protección a que aludía la normativa vigente para la fecha, debido al otorgamiento de una licencia obligatoria, surge, a juicio de esta Sala, el deber de notificar a las empresas que poseen la patente del producto original.

Capítulo II

Tributario

1. Aduanas

1.1 Abandono legal. La adjudicación directa a la República procederá dependiendo, entre otros supuestos, del interés social de las mercaderías abandonadas, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Aduanas

Sentencia N°: 01648.
Fecha: 18-11-09
Caso: Repuestos y Piezas de Electrodomésticos, C.A., (REPELCA) vs Fisco Nacional

Dilucidado lo anterior, esta Alzada pasa a pronunciarse sobre el mérito de la causa, referido a si estuvo ajustada a derecho la declaratoria de abandono legal efectuada por la Administración Tributaria, así como la adjudicación que se hizo al Fisco Nacional sobre los efectos importados.

Sobre el particular, adujo la representación fiscal que el tribunal de instancia incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho por errónea interpretación de la ley “...*al juzgar que en el caso de autos la Administración Tributaria incumplió el procedimiento establecido en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento, relativo al abandono legal de mercancías y su ulterior remate, al ser adjudicadas éstas en forma directa al Fisco Nacional, sin haber efectuado el acto de remate de los bienes cuestionados...*”.

Señalando además, que la declaración de la mercancía no se llevó a cabo dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su ingreso en la zona de almacenamiento “...y que transcurrieron más de treinta (30) días, luego de haberse verificado el lapso legal para declarar la misma, por lo que en el caso de autos operó ipso iuris el abandono legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Aduanas...”.

Visto lo anterior, esta Sala observa lo siguiente:

Respecto a la institución que se analiza, esta Sala considera pertinente citar el contenido de su sentencia N° 01648 de fecha 28 de junio de 2006 (caso: *Kimberly-Clarck Venezuela, C.A.*), en la cual se estableció el tratamiento aplicable a los casos de mercancías en estado de abandono legal, adjudicadas directamente a la República, en los términos siguientes:

...omissis...

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia antes transcrita, la adjudicación al Fisco Nacional de mercancías abandonadas ocurre en los siguientes supuestos: i) cuando no surgiere postor en el acto de remate; ii) cuando las mercancías estuvieren sometidas a prohibiciones, reservas, restricciones, requisitos legales y arancelarios y no existieren postores calificados para realizar lícitamente la operación aduanera de que se trate; o iii) cuando las mercancías fueren de evidente necesidad o interés social (*Vid.* Sentencia N° 00212 del 20 de febrero de 2008, caso: *Dotaciones modulares R.D., S.A., SPA/TSJ*).

En este orden de ideas, se indicó en el referido fallo que si bien es cierto que el procedimiento de adjudicación de bienes en estado de abandono legal previsto en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento contempla la realización de un acto de remate, tal requisito puede ser obviado cuando la naturaleza de interés social de las mercaderías abandonadas lo requiera, en tales casos la adjudicación procederá de forma directa a la República.

Siendo ello así, pasa a analizar esta Alzada si en el presente asunto la Administración Aduanera siguió el procedimiento de adjudicación previsto en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento General, concretamente si la misma resultaba procedente en el presente caso o por el contrario, debía realizarse el acto de remate de los bienes abandonados.

Con fundamento en lo expuesto, la Administración consideró que se produjo respecto de los señalados bienes la figura del abandono legal prevista en el

artículo 66 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999. En consecuencia, la Gerencia de la Aduana Principal de Puerto Cabello del Estado Carabobo del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), de conformidad con el artículo 192 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, remitió la relación de mercancías a rematar, a la Dirección General de Servicios del entonces Ministerio de Finanzas, a los fines de que ese despacho señalase cuáles de esas mercancías debían ser adjudicadas al Fisco Nacional o pasadas a remate.

Derivado de ello, la aludida Dirección General de Servicios del Ministerio de Hacienda (hoy Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas) dictó en fecha 1° de octubre de 2001, la Resolución N° FBSA-200-34, por medio de la cual adjudicó la mercancía al Fisco Nacional sin pasarlas a remate, a tenor de lo dispuesto en los artículos 71 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999 y 192 de su Reglamento, por cuanto *“se trata de mercancías de interés social, que pueden ser suministradas a diferentes organismos del Estado o donadas a instituciones privadas sin fines de lucro”*; ordenándose en consecuencia, en el texto de dicha resolución, remitir copia de ella a la *“Gerencia de la Aduana Principal de Puerto Cabello y a la Gerencia de Almacenamiento y Disposición de Bienes Adjudicados del SENIAT”*.

Con fundamento en las razones antes señaladas, observa esta Sala que la Administración Aduanera sí se ciñó al procedimiento previsto en los artículos 66 al 71 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999 y 191 y 192 de su Reglamento General, pues la contribuyente incumplió su obligación de pagar los tributos aduaneros ocasionados por la operación de importación, así como con el subsiguiente retiro de las mismas dentro del lapso estipulado por el artículo 66 de la Ley Orgánica de Aduanas, dejándolas en estado de abandono legal. Por tal razón, a juicio de este Supremo Tribunal, la Gerencia de la Aduana Principal de Puerto Cabello actuó ajustada a derecho al iniciar el procedimiento de adjudicación, con la declaratoria previa de abandono legal de las mercancías y la remisión del listado de bienes a la Dirección General de Servicios del entonces Ministerio de Finanzas. Así se declara.

Ahora bien, respecto a la calificación de interés social, juzga esta Máxima Instancia que los referidos bienes, consistentes en cocinas a gas de uso doméstico, vista su utilidad, bien podían ser catalogados como artículos de interés en labores sociales, para *“colaborar y brindar apoyo a Organismos públicos e Instituciones privadas sin fines de lucro, así como responder con eficiencia a las necesidades más apremiantes de las clases necesitadas”*.

Siendo ello así, podían perfectamente ser clasificados tales artículos como de interés social y adjudicados al Fisco Nacional sin la necesaria realización del acto de remate, pues como ya se advirtió *supra*, la consignataria incumplió su obligación de pagar los tributos y retirar la mercadería de la zona de almacenamiento dentro del lapso fijado al respecto y dejar los referidos bienes en estado de abandono legal. Por tales razones, este Alto Tribunal considera ajustada a derecho la adjudicación ordenada por la Dirección General de Servicios del Ministerio de Hacienda (hoy Ministerio del Poder Popular para Economía y Finanzas) y, en consecuencia, se declara procedente el vicio de falso supuesto por errónea aplicación de Ley denunciado por la representación judicial del Fisco Nacional contra el fallo apelado. Así se declara.

Igualmente, esta Alzada observando de los autos que la contribuyente efectuó en fecha 18 de septiembre de 2001 el pago de “Bs. 24.120.029”, por concepto de servicio de aduanas, gravámenes y demás tributos aduaneros, respectivamente, correspondientes a “cocinas a gas de uso doméstico” y al haber sido declarada procedente la adjudicación directa a la República de los bienes importados por ella, se ordena a la Administración Tributaria el reintegro de dicho monto (*Vid.* Sentencia N° 00212 del 20 de febrero de 2008, caso: *Dotaciones modulares R.D., S.A., SPA/TSJ*). Así se decide.

1.2 La mercancía sujeta a admisión temporal es obligatorio reexpedirla en su totalidad en el plazo que dispuso la autorización otorgada por la administración aduanera

Sentencia N°: 01490
Fecha: 21-10-09
Caso: Productos Marinos, C.A., (PROMARCA) vs Fisco Nacional

Expuso la contribuyente que reexpidió la mercancía antes del vencimiento del plazo, el cual tuvo lugar “el 11/06/2003, pues de acuerdo a la autorización dada, dicha reexpedición tenía que efectuarse dentro de un plazo de 6 meses”, y que en todo caso “la obligación de reexpedir la mercancía o el plazo para reexpedirlas se encontraba suspendido como consecuencia de la interposición del recurso jerárquico”.

Por su parte, indicó la representación fiscal que al esgrimir el apoderado judicial de la contribuyente que la existencia del recurso jerárquico “suspendió los

efectos del acto recurrido y por ende alargó el plazo para reexpedir la mercancía, reconoce que la sociedad mercantil Productos Marinos, C.A., (PROMARCA), no reexpidió la mercancía dentro del lapso de seis (6) meses acordado por la Aduana Principal de Maracaibo del Estado Zulia, a través del Oficio N° APM-DT-2096 de fecha 29/05/2003, incurriendo en esa forma en el supuesto de hecho establecido en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas, por lo que la sentencia apelada interpretó perfectamente el contenido de la señalada norma”.

Visto lo anterior, esta Alzada observa lo siguiente:

Tal y como lo indicaron las partes, a través del Oficio N° APM-DT-2003-00002096 del 29 de mayo de 2003, la Administración Aduanera autorizó a la empresa Productos Marinos, C.A., (PROMARCA), la admisión temporal de “... 128.000 envases plásticos con capacidad de 16 OZ. y 128.000 tapas plásticas de 119 MM...”, otorgando un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de llegada del vehículo de transporte, para su reexpedición.

Así, al observarse que el 11 de junio de 2003, arribó a la Aduana Principal de Maracaibo del Estado Zulia la mercancía antes descrita, el mencionado lapso de reexpedición venció el 11 de diciembre de 2003.

Ahora bien, como quiera que la contribuyente en la etapa de pruebas promovió las declaraciones de aduanas que a su decir demuestran que los efectos ingresados bajo este régimen especial, fueron reexpedidos antes de la citada fecha, lo cierto es que no comprueban en forma suficiente el cumplimiento de la obligación asumida como consecuencia de la admisión temporal, pues no reflejan que la reexpedición se efectuó sobre la misma cantidad de efectos ingresados bajo ese régimen especial.

En efecto, constan a los folios 338 a 345 del expediente judicial las “*declaraciones de aduanas de exportación, distinguidas con los Nros. 1051945, 1057287, 1057310, 1057338, 1057333 y 1057332*”, donde se verifica la salida de territorio nacional “*del producto carne de cangrejo en “envases, clase: cavas”*”; sin embargo, de dichas declaraciones no se desprende que esos envases se correspondan a la misma cantidad que ingresó a cargo de la empresa Productos Marinos, C.A., (PROMARCA), bajo el régimen de admisión temporal.

Si bien las mencionadas declaraciones contienen la descripción del producto exportado, cual es, “*carne de cangrejo*”, que evidencian además que dicha

exportación se efectuó antes del 11 de junio de 2003, es decir, antes del vencimiento del plazo otorgado para la reexpedición de las mercancías ingresadas bajo el régimen de admisión temporal, sin embargo, no detallan que la cantidad de envases utilizados para esa actividad se corresponden con la cantidad que motivó a la Administración Aduanera a levantar la Providencia Administrativa N° APM-DO-RAE-E-2005-00000700 del 10 de febrero de 2005, como consecuencia de la falta de reexpedición, pues precisamente ese acto administrativo se dictó porque *“había un saldo pendiente por reexpedir”*.

Por otra parte, contrariamente a lo sostenido por la contribuyente con relación a que *“el ejercicio del recurso jerárquico suspendió la obligación de reexpedir la mercancía o el plazo para reexpedirlas”*, esta Alzada observa que tal interposición no afectó dicha obligación o el plazo para reexpedir las mercancías en los seis (6) meses sobre los cuales versó la autorización dada por el órgano fiscal, en razón de que ese recurso estuvo dirigido a impugnar en sede administrativa el Acta de Reconocimiento N° APM-DO-URT-2003-0615, cuya legalidad es ventilada en otro proceso autónomo.

Con fuerza en lo anteriormente expuesto, esta Sala declara sin lugar la apelación ejercida por la contribuyente Productos Marinos, C.A., (PROMARCA), contra la sentencia N° 086-2008 del 18 de marzo de 2008, dictada por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Zuliana, mediante la cual declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso tributario incoado contra la Providencia Administrativa N° APM-DO-RAE-E-2005-00000700 del 10 de febrero de 2005. En consecuencia, se confirma el referido fallo. Así se decide.

2. Derecho Sustantivo Tributario

2.1 Ajuste por inflación. Es procedente su traspaso en las pérdidas netas de explotación no compensadas en el impuesto sobre la renta

Sentencia N°: 00272
Fecha: 26-02-09
Caso: Talleres y Montajes Industriales, C.A. vs Fisco Nacional

La norma dispuesta en el artículo 56 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, aplicable *ratione temporis*, dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 56. *Se autoriza el traspaso de las pérdidas netas de explotación no compensadas hasta los tres (3) años subsiguientes al ejercicio en que se hubiesen sufrido.*

El Reglamento establecerá las normas de procedimiento aplicables a los casos de pérdidas del ejercicio y de años anteriores.

Parágrafo Único: *Las rentas o pérdidas provenientes de la prestación de servicios bajo relación de dependencia o del libre ejercicio de profesiones no mercantiles, obtenidas por personas no residentes en el país, se excluirán a los fines de las compensaciones y traslado de pérdidas de explotación a que se contrae este artículo”.*

Asimismo, la norma prevista en el artículo 2 *eiusdem*, dispone lo siguiente:

“Artículo 2. *Son enriquecimientos netos los incrementos del patrimonio que resulten después de restar de los ingresos brutos, los costos y deducciones permitidos en esta Ley, sin perjuicio de los ajustes por inflación que la misma establece”.*

Con fundamento en el dispositivo normativo antes transcrito, se observa que es necesario el cómputo del ajuste por inflación a los fines de determinar el enriquecimiento neto, siendo evidente que este procedimiento es aplicable, tanto si el resultado es positivo o cuando es negativo, es decir, cuando se produzcan ganancias o pérdidas, ya que en ambas situaciones el resultado se obtiene luego de restar de los ingresos brutos los costos y deducciones, y de los ajustes por inflación.

Tal necesidad de tomar en consideración el ajuste por inflación, es consecuencia de una economía inflacionaria donde no es posible establecer realmente el poder económico del contribuyente, si la renta obtenida según valores monetarios históricos, no es ajustada de acuerdo con la inflación. De esta manera, es posible determinar si la capacidad económica del contribuyente se ha incrementado o disminuido a pesar de la apariencia que proyecta el valor histórico. Con ello, se busca adecuar el gravamen de la renta a la efectiva capacidad económica del contribuyente, dando cumplimiento al mandato previsto en el artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual: *“El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población; para ello se sustentará en un sistema eficiente para la recaudación de los tributos”.*

En efecto, la forzosa consideración del saldo deudor que se registra en la cuenta de conciliación *“Reajuste por Inflación”*, que puede constituir un decremento de patrimonio tan legítimo y pertinente para el cálculo del impuesto sobre la renta, como aquél que se origina como resultado o diferencia en exceso entre los costos y gastos del ejercicio, contribuye a precisar la verdadera materia gravable, en términos reales, del referido impuesto, dando cabida a la materialización de la máxima constitucional que obliga a establecerlo sobre la verdadera capacidad contributiva.

De allí que la finalidad del ajuste por inflación es lograr que los contribuyentes paguen el impuesto en referencia sobre una ganancia real y no ficticia, pues de no tomarse en cuenta los efectos de la inflación, se podría caer en el absurdo de

gravar el propio capital del contribuyente y, en otros casos, permitir que quienes se beneficien por esos efectos inflacionarios, resulten favorecidos, al no pagar el impuesto sobre un monto de enriquecimiento que no refleja su verdadera capacidad económica.

Así, el patrimonio neto existente a la fecha de iniciación de cada período tributario deberá corregirse en moneda equivalente a la vigente al cierre del mismo período, de acuerdo con la variación ocurrida en el Índice de Precios al Consumidor del Área Metropolitana de Caracas (hoy Índice Nacional de Precios al Consumidor).

En efecto, comparando el monto del patrimonio neto final con el patrimonio neto inicial, pero cuantificado en moneda con un poder adquisitivo constante, se logra establecer el aumento o disminución real del patrimonio que indicará una ganancia o pérdida real, como resultado de la gestión en el ejercicio respectivo por exposición a la inflación.

De manera que entiende esta Sala que resultan pérdidas tanto las que se puedan originar por aplicación del sistema de Reajuste por Inflación, como las operativas que confluyen en la determinación de la capacidad contributiva, por lo que al establecerse que el enriquecimiento es el incremento patrimonial generado por la operación económica del contribuyente o por la exposición de su patrimonio a la inflación, implica necesariamente, que la pérdida se identifica con la disminución patrimonial originada igualmente en ambas situaciones, razón por la cual, al interpretar la norma prevista en el artículo 2 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, se concluye que la pérdida o disminución patrimonial en el presente caso, da lugar a las consecuencias reconocidas por la Ley, entre las cuales se encuentra el traspaso de las mismas hasta los tres (3) años subsiguientes al ejercicio en que se hubieren sufrido, de conformidad con lo previsto en el artículo 56 *eiusdem*.

Es así como en el presente caso se desvirtúa la posición asumida por la representación fiscal, cuando indicó que “*la pérdida por efecto de la inflación sólo va tener consecuencias impositivas en el ejercicio en el cual se produce, sin afectar los resultados de los ejercicios subsiguientes*”, pues tal como se reseñó precedentemente, al constituir un elemento para la determinación real de la capacidad económica del contribuyente, la pérdida fiscal resultante como consecuencia del ajuste por inflación realizado y reflejado en la declaración de impuesto sobre la renta de los períodos gravables comprendidos entre “...*el 01-09-1994 al 31-08-1995; el 01-09-1995 al 31-08-1996 y el 01-09-1996 al*

31-08-1997...”, es susceptible de traspaso hasta los tres (3) años subsiguientes a dichos períodos.

La afirmación que antecede ha sido sostenida por esta Sala en sentencia N° 01165 de fecha 25 de septiembre de 2002, caso: *Fundición Metalúrgica Lemos, C.A.*, y ratificada más recientemente en el fallo N° 00564 del 7 de mayo de 2008, caso: *Industrias Ruansa de Venezuela, C.A.*, al establecer lo siguiente:

...omissis...

Por otra parte, con relación a la afirmación de que “*la contribuyente al trasladar dicha pérdida duplicaría el beneficio de la misma*”, esta Sala observa que, al verificarse el traspaso, la pérdida que se aplica a los ejercicios siguientes a aquél en que se produjo, es el excedente que no pudo compensarse o aplicarse en el ejercicio en el cual se generó la misma al momento de la determinación de la base imponible, razón por la cual, no existe la supuesta “*duplicación de beneficios*”, ya que lo que se pretende compensar es el excedente de pérdidas generado en un ejercicio anterior.

En atención a lo expuesto, esta Sala desestima el alegato de falso supuesto de derecho invocado por la representación fiscal.

2.2 Base imponible para calcular los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV) es el salario normal

Sentencia N°: 01540
Fecha: 28-10-09
Caso: Alimentos Kellogg, S.A. vs Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

...en lo referente a la base imponible para determinar el cálculo de la contribución al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV), observa esta Sala que los aportes supuestamente omitidos abarcan períodos fiscales comprendidos entre los años 2001 hasta el año 2007, en los cuales estuvieron vigentes diversas leyes que regulaban tal contribución parafiscal; motivo por el cual debe procederse a delimitar la base legal aplicable y, posteriormente, determinar si la base imponible para el cálculo del mencionado tributo la constituye el *ingreso total mensual* o el *salario normal*.

En tal sentido, la Ley que Regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional (publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.066 del 30 de octubre de 2000), aplicable a los períodos fiscales comprendidos entre el año 2001 hasta mayo de 2005, en su artículo 36 disponía lo siguiente:

“Artículo 36.- *El aporte obligatorio de los empleados y obreros estará constituido por el uno por ciento (1%) de su remuneración, y el de los empleadores o patronos estará constituido por el dos por ciento (2%) del monto erogado por igual concepto. Los empleadores o patronos deberán retener las cantidades a los trabajadores, efectuar sus propias cotizaciones y depositar dichos recursos en la cuenta única del Fondo Mutual Habitacional a nombre de cada empleado u obrero dentro de los primeros siete (7) días hábiles de cada mes, a través de la institución financiera receptora.*

(...)

La base de cálculo del aporte al Fondo Mutual Habitacional será el salario normal que perciba el trabajador de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Trabajo (...). (Destacado de la Sala).

Asimismo, la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.204 el 8 de junio de 2005) y la Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat (publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.591 del 26 de diciembre de 2006), aplicables a los períodos fiscales comprendidos entre junio de 2005 hasta septiembre de 2007, en su artículo 172, de similar redacción, pautaba lo siguiente:

“Artículo 172.- *La cuenta de ahorro obligatorio para la vivienda de cada trabajador en el Fondo, como cuenta de ahorro individual, reflejará desde la fecha inicial de incorporación del trabajador al ahorro habitacional:*

1. *El aporte mensual en la cuenta de cada trabajador equivalente al tres por ciento (3%) del ingreso total mensual, desglosado por cada uno de los aportes de ahorro obligatorio realizado por el trabajador y por cada una de las contribuciones obligatorias del patrono al ahorro del trabajador.*

2. *Los rendimientos generados mensualmente por las colocaciones e inversiones del Fondo, asignados al trabajador, desde la fecha inicial de su incorporación al ahorro habitacional (...)*. (Destacado de la Sala).

Por su parte, la Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 133, parágrafos segundo y cuarto, establece lo siguiente:

“Artículo 133.- *Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda.*

(...)

Parágrafo Segundo.- *A los fines de esta Ley se entiende por salario normal, la remuneración devengada por el trabajador en forma regular y permanente por la prestación de su servicio. Quedan por tanto excluidos del mismo las percepciones de carácter accidental, las derivadas de la prestación de antigüedad y las que esta Ley considere que no tienen carácter salarial.*

(...)

Parágrafo Cuarto.- *Cuando el patrono o el trabajador estén obligados a cancelar una contribución, tasa o impuesto, se calculará considerando el salario normal correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquél en que se causó (...)*. (Destacado de la Sala).

Respecto al concepto de salario normal, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal en su sentencia N° 301 del 27 de febrero de 2007, caso: *Adriana Vigilancia García y Carlos A. Vecchio*, interpretó el sentido y alcance de la proposición contenida en el artículo 31 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, cuestión que resulta aplicable al presente caso. Dicha decisión señaló lo siguiente:

...omissis...

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia reafirmó el citado criterio, cuando en su sentencia N° 390 del 9 de marzo de 2007, caso: *Carlos Alberto Peña, Gustavo E. Fernández M., Migderbis Morán y Marylin Pérez Terán* (aclaratoria del fallo antes transcrito), expresó lo que se transcribe a continuación:

“(...) Resalta la Sala: 1), que esta decisión se refiere al régimen impositivo de los asalariados, esto es, de quienes perciben un salario por la prestación de un servicio; y 2) que los bonos y otras remuneraciones no regulares ni permanentes, no son pechables al no estar incluidas en el salario normal”.

Sobre este particular, la Sala Político-Administrativa en reiterada jurisprudencia ha sentado su opinión al respecto, manifestando que las utilidades (entre otros conceptos no regulares ni permanentes) no forman parte del salario normal, visto que se trata de remuneraciones complementarias y aleatorias, en tanto que la empresa haya obtenido beneficios, sólo pagaderas en proporción a los meses de servicios prestados, no así en función de la jornada diaria de trabajo, debiendo excluirse por consiguiente, del cálculo del salario normal todos aquellos beneficios o prestaciones obtenidas por los trabajadores de manera esporádica, accidental o respecto de los cuales no exista seguridad o certeza en cuanto a su percepción. (*Vid.* sentencias N° 00290 del 15 de febrero de 2007, caso: *Digas Tropiven, S.A.C.A.*; N° 01540 del 3 de diciembre de 2008, caso: *Cotécnica Caracas, C.A.*; N° 00273 del 26 de febrero de 2009, caso: *H.L. Boulton & CO, S.A.*; N° 00296 del 4 de marzo de 2009, caso: *C.A. La Electricidad de Caracas*; N° 00761 del 3 de junio de 2009, caso: *Comunicaciones Corporativas C.C.D., C.A.*, entre otras).

En cuanto a los conceptos referentes a: bonificaciones, horas extras y vacaciones, ha estimado esta Instancia valederas las mismas consideraciones formuladas en torno a la gravabilidad de las utilidades, vale decir, que los mismos no están incluidos dentro de las definiciones de salario ni sueldos, por cuanto se trata de remuneraciones complementarias de carácter accidental o extraordinario dirigidas a beneficiar una situación especial de los empleados, pero que no implican un pago regular, como consecuencia de las labores ejecutadas por éstos durante la jornada ordinaria de trabajo. (*Vid.* sentencia N° 00761 del 3 de junio de 2009, caso: *Comunicaciones Corporativas C.C.D., C.A.*).

Aplicando la normativa antes transcrita, así como los citados criterios jurisprudenciales al caso bajo análisis, concluye esta Sala al igual que lo hizo en un caso similar al de autos (*Vid.* sentencia N° 01102 de fecha 22 de julio de 2009, caso: *Vehicle Security Resources de Venezuela, C.A.*) que, conforme fue apreciado por el tribunal *a quo*, resulta improcedente la exigencia de la diferencia de aportes al Fondo Mutual Habitacional y al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, correspondientes a los períodos impositivos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, considerados omitidos por el acto recurrido, por cuanto se constató de dicho acto que el Banco Nacional de la Vivienda y el Hábitat (BANAVIH) añadió dentro de la base imponible de los referidos aportes, entre otras, las partidas por conceptos de vacaciones, comisiones, bonificaciones, utilidades y horas extras, las cuales, tal como fue expresado precedentemente, no deben incluirse por no encontrarse contenidas dentro de la base de cálculo

del citado aporte patronal, que se encuentra delimitado por el salario normal a que hace alusión el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se declara.

Por otra parte, en cuanto a los *rendimientos a pagar* sobre aportes omitidos, observa esta Sala que en atención a la declaratoria de improcedencia de la diferencia de aportes exigida en el acto recurrido, los accesorios determinados a la obligación principal deben ser declarados igualmente improcedentes. Así se establece.

Con fundamento en lo indicado anteriormente, concluye este Máximo Tribunal que la fiscalización y determinación realizada por la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat, la cual comenzó con el Acta de Fiscalización N° A-101-2 de fecha 29 de junio de 2007 y culminó con la Resolución N° GF/0002007-000171 del 16 de octubre de 2007, está viciada de nulidad, al haber incluido diferencias correspondientes a los aportes presuntamente no depositados por la sociedad mercantil Alimentos Kellogg, S.A., desde el año 2001 hasta el año 2007, más los rendimientos calculados, añadiendo dentro de la base imponible de las referidas contribuciones parafiscales, entre otras, las partidas por conceptos de vacaciones, comisiones, bonificaciones, utilidades y horas extras, las cuales, como se ha indicado, no deben incluirse por no encontrarse contenidas dentro de la base de cálculo del citado aporte, delimitado por el **salario normal**.

2.3 Cheque. No se reconoce el pago del impuesto al no ser efectivamente cobrado

Sentencia N°: 01257
Fecha: 13-08-09
Caso: Policlínica Metropolitana, C.A. vs Fisco Nacional

...la empresa contribuyente ejerció recurso contencioso tributario por considerar que el retraso en el pago ocurrió por un (1) día y no por sesenta y nueve (69) días como lo determinó la Administración Tributaria Nacional.

El Tribunal Superior Quinto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, declaró sin lugar el recurso interpuesto en razón de que la sociedad mercantil Policlínica Metropolitana, C.A., en su condición de agente de retención, era la única responsable ante el Fisco Nacional del pago del impuesto ya retenido y que por tanto, al haberse percatado

de las supuestas irregularidades suscitadas en el Banco receptor debió disponer de otros fondos para dar cumplimiento a su obligación tempestivamente.

Ahora bien, a fin de determinar si el Tribunal de la causa apreció correctamente todas las pruebas aportadas al caso, es necesario enumerar los medios probatorios hechos valer por la contribuyente con el objeto de sustentar su alegato según el cual su retardo en la declaración y pago de las retenciones de impuesto sobre la renta fue de un (1) día.

Al respecto, se observa que corren insertos en el expediente los siguientes instrumentos:

...omissis...

Con vista en los instrumentos antes descritos que reposan en el expediente judicial, así como de los alegatos expuestos por las partes intervinientes en el presente juicio, se evidencia que la contribuyente Policlínica Metropolitana, C.A. consignó en el Banco Industrial de Venezuela, entidad receptora de fondos nacionales, las planillas de declaración de impuesto sobre la renta para el período correspondiente al mes de julio del año 2003, así como el cheque de gerencia emitido por el Banco Mercantil, C.A. signado con el N° 38091766, por un monto de Bs. 84.142.301,00.

Sin embargo, se demuestra que debido a un problema de endoso el cheque no se pudo cobrar sino que posteriormente fue devuelto a la empresa contribuyente, es decir, el dinero no estuvo a la disposición de la recurrente ni mucho menos del Fisco Nacional.

Ahora bien, es necesario resaltar que los aspectos arriba señalados no son objeto de controversia en el presente caso y vale decir que la representación judicial de la contribuyente admitió que su declaración y pago se produjo con un (1) día de retraso, por lo cual había incurrido en la infracción advertida por el Fisco Nacional pero la multa, a su juicio, era desproporcionada por cuanto había sido calculada con base en sesenta y nueve (69) días de mora, pese a que la tardanza en el pago no le era imputable a su representada.

Así, es preciso señalar que el pago extingue la obligación tributaria conforme a lo dispuesto en los artículos 39 y 41 del Código Orgánico Tributario vigente como obligación de dar se produce, salvo casos especiales previstos expresamente en la ley, al entregar la cantidad de dinero debida de manera efectiva.

Cuando el pago se realiza mediante un título cambiario, como el cheque, la sola consignación de éste no puede considerarse como un pago definitivo y liberatorio de la obligación, sino que tal efecto extintivo tendrá lugar sólo cuando se logre su efectividad pecuniaria, es decir, al ser cobrado dicho instrumento.

Circunscribiendo el análisis anterior a los hechos suscitados en el presente caso, observa esta Alzada que el cheque en cuestión, por el cual se pretendía extinguir la obligación tributaria que como agente de retención recaía en Policlínica Metropolitana, C.A., nunca fue cobrado, sino que fue devuelto a la aludida sociedad de comercio, de manera que mal podían haberse empleado esos fondos para pagar los tributos de otros contribuyentes.

En razón de lo antes expuesto y por cuanto el pago no se perfeccionó con la sola entrega de las planillas de declaración y con el cheque el día 8 de agosto de 2003, sino que se produjo pasados sesenta y nueve (69) días de la fecha en que de acuerdo al calendario de contribuyentes especiales correspondía el enteramiento de las cantidades retenidas, se desestiman los alegatos esgrimidos por la representación judicial de la contribuyente en cuanto a que la decisión apelada incurrió *“en una incorrecta y parcial apreciación de las pruebas y de los hechos del caso”*.

2.4 Debe comprobarse la existencia de los supuestos necesarios para la excepcional aplicación de la determinación sobre base presuntiva

Sentencia N°: 00675
Fecha: 21-05-09
Caso: Tiendas Karamba San Fernando, C.A. vs Fisco Nacional

...la contribuyente apelante alega en su defensa que al momento de la investigación fiscal consignó al funcionario actuante todos los requerimientos necesarios para que le fuese realizado un procedimiento de determinación de la obligación tributaria sobre base cierta y no sobre base presuntiva. Así, plantea que el referido funcionario fundamentó *“(...) la supuesta defraudación en hechos inexistentes, por cuanto las ventas que aparecen en la máquina que denomina el funcionario como ‘no fiscal’, si fueron declaradas y soportadas en facturas comerciales que aún no le han sido devueltas a mi representada,*

todo lo cual demuestra que para realizar la determinación e imposición de multas, se basó en hechos distintos a la realidad (...)”.

Con relación al procedimiento mencionado, juzga pertinente esta Máxima Instancia destacar lo que sobre el particular establecen las normas preceptuadas en los referidos artículos 118, 119 numeral 2 y 120 del Código Orgánico Tributario de 1994, aplicables en razón del tiempo, que disponen:

*“**Artículo 118.-** La Administración Tributaria podrá verificar la exactitud de las declaraciones y proceder a la determinación de oficio, sobre base cierta o sobre base presuntiva, en cualesquiera de las siguientes situaciones:*

(...omissis...)

2. Cuando la declaración ofreciera dudas debidamente fundadas y razonadas relativas a su veracidad y exactitud.

3. Cuando el contribuyente debidamente requerido conforme a la Ley no exhiba los libros y documentos pertinentes (...)”.

*“**Artículo 119.-** La determinación por la Administración se realizará aplicando los siguientes sistemas:*

(...omissis...)

2. Sobre base presuntiva, en mérito a los hechos y circunstancias que, por su vinculación o conexión normal con el hecho generador de la obligación, permitan determinar la existencia y cuantía de la misma (...)”.

*“**Artículo 120.-** La determinación sobre base presuntiva sólo procede si el contribuyente no proporciona los elementos de juicio necesarios para practicar la determinación sobre base cierta. En tal caso, subsiste la responsabilidad por las diferencias que pudieran corresponder derivadas de una posterior determinación sobre base cierta (...)*”.

Las normas transcritas, de aplicación excepcional, otorgan amplias facultades a la Administración Tributaria para proceder a la determinación de oficio sobre base presuntiva. Este procedimiento requiere de rigurosos requisitos de forma y de fondo y, en especial, deben concurrir las circunstancias siguientes: i) que el contribuyente no proporcione los elementos de juicio necesarios para practicar la determinación sobre base cierta; y ii) que la Administración Tributaria no pueda obtener la información real por sus propios medios.

La estimación de oficio tiene como finalidad esencial la determinación racional de la efectiva capacidad tributaria del contribuyente, pero en todo caso el procedimiento de estimación no puede ser aplicado en forma arbitraria de manera que, por razones de seguridad jurídica, no es posible imputar a un contribuyente ingresos mayores a los declarados, basándose en la sola información suministrada por terceros y sin que la Administración compruebe esas informaciones.

...omissis...

Pudo evidenciar esta Alzada que no consta en el expediente la recepción de los documentos solicitados que corresponden a los períodos impositivos investigados, y que la contribuyente se comprometió a suministrar al fiscal actuante, los cuales eran indispensables a los fines de verificar los datos contenidos en las declaraciones de impuesto al valor agregado presentadas. Este hecho configura una infracción a lo establecido en el artículo 126 del Código Orgánico Tributario de 1994, inherente a la obligación de los contribuyentes de “*cumplir con los deberes formales relativos a las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración Tributaria*”; situación la cual, a juicio de esta Sala, encuadra en el primer requisito para que la Administración Tributaria proceda a la determinación de oficio sobre base presuntiva, referido a que la contribuyente no proporcionó los elementos de juicio necesarios para practicar la determinación sobre base cierta.

Con relación al segundo requisito, la fiscalización dejó constancia en el acta de reparo que fue confirmada por la Resolución impugnada que “[d]ebido a que el sujeto pasivo no suministró la información real de ventas de los períodos junio 1999 hasta mayo 2000, y por ende no se puede determinar con exactitud el monto total de las ventas; se procedió a solicitar los estados de cuenta corriente u otras cuentas de los socios de Tiendas Karamba San Fernando, C.A.”. (sic).

...omissis...

El análisis de la información obtenida llevó a la Administración Tributaria a exponer en el acta de reparo que las situaciones descritas “(...) *son fundados indicios que las ventas declaradas por el sujeto pasivo son menores a su total de ventas, es decir, no guarda ningún tipo de relación con los montos de ventas reales (...)*”.

Ahora bien, luego de analizar lo narrado anteriormente, se evidencia que en casos similares al de autos, esta Sala se ha pronunciado en los términos que se reproducen a continuación:

“(...) aún contando la Administración Tributaria con los libros contables legales y auxiliares, el valor probatorio de los mismos surge de la fe de los comprobantes que dan origen a lo asentado en ellos (...) y al no haber suministrado la contribuyente la información real de ventas para la determinación del tributo, tal como le fue requerido en el proceso de fiscalización, mal pudo la Administración Tributaria obtenerla por sus propios medios, siendo que tales datos debían estar en poder de la empresa mercantil fiscalizada (...)”. (Vid. sentencia N° 01631 de esta Sala Político-Administrativa, de fecha 21 de junio de 2006, caso: *Tiendas Karamba San Fernando, C.A.*).

Por ende esta Alzada, ratificando lo transcrito precedentemente, estima cumplido el segundo requisito para la procedencia de la determinación de oficio sobre base presuntiva, por cuanto es necesario contar con los comprobantes que soportan la información plasmada en los libros contables legales y auxiliares de la contribuyente correspondientes a los períodos fiscalizados, para así otorgarles pleno valor probatorio.

En consecuencia, luego de comprobada la existencia de los supuestos necesarios para la excepcional aplicación del procedimiento de determinación tributaria sobre base presuntiva, esta Alzada declara improcedente el alegato de la apelante referido al vicio de falso supuesto de hecho. Así se declara.

2.5 El lapso de prescripción en materia de impuesto sobre la renta comenzará a computarse en el momento en que nace la obligación de pago

Sentencia N°: 00288
Fecha: 04-03-09
Caso: José Hoffman Bossio vs Contraloría General de la República

...a los fines debatidos, la Sala considera conveniente transcribir el contenido de los artículos 147 y 148 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, publicada en

Gaceta Oficial N° 1.069 Extraordinario del 23 de diciembre de 1966, aplicables al presente asunto *ratione temporis*, cuyos textos disponen lo siguiente:

“Artículo 147.- La obligación de pagar los impuestos establecidos en esta Ley prescribe a los cinco (5) años, contados a partir de la fecha de la terminación del ejercicio en que se consideren disponibles los enriquecimientos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente. Este término será de siete (7) años cuando no se haya presentado la correspondiente declaración”. (Destacado de la Sala).

“Artículo 148.- Los impuestos liquidados con arreglo a las previsiones de esta Ley, prescriben a los cinco (5) años, a contar del último día del plazo concedido en las planillas para cancelarlas, computado éste último desde la fecha de su notificación”.

Así, en el presente caso, aplicando lo dispuesto en el artículo 147 anteriormente transcrito, resulta oportuno advertir que en materia de impuesto sobre la renta, **el lapso de prescripción comenzará a computarse en el momento en que nace la obligación de pagar el impuesto**, el cual, según la jurisprudencia de esta Sala (sentencia Nros. 00972 de fecha 5 de agosto de 2004, caso: *Máximo Baños Labrador*, 01586 del 20 de junio de 2006, caso: *Domenico Sirica Squillante*, y 00497 del 24 de abril de 2008, caso: *Polifilm de Venezuela, S.A.*, entre otros) ha establecido su materialización al cierre del ejercicio económico, correspondiendo en el presente asunto al ejercicio fiscal comprendido entre el 1° de enero de 1969 y el 31 de diciembre de 1969.

Igualmente, resulta importante advertir que los artículos 152 y 153 *eiusdem* establecen lo siguiente:

“Artículo 152.- El ejercicio de los recursos establecidos en esta Ley impide la prescripción de los derechos fiscales impugnados sobre los cuales versan dichos recursos”.

“Artículo 153.- Son medios únicos e idóneos para interrumpir la prescripción:

(..)

2° La declaración de rentas presentada respecto de las rentas obtenidas durante el ejercicio declarado;

3° El acta fiscal respecto de los reparos a que ella se contrae si se hubiera presentado la correspondiente declaración;

(..)

5° El acta fiscal de cobro respecto de los derechos o créditos a que ella se contrae...”. (Destacado de la Sala).

En este orden de ideas, una vez acaecido, dentro del lapso legalmente establecido alguno de los supuestos calificados por la Ley de Impuesto sobre la Renta como actos interruptivos, pierde efecto el tiempo transcurrido, se mantiene la vigencia del crédito fiscal y se inicia un nuevo período para la prescripción a partir de la realización de aquel acto.

Pero es el caso que, en fecha **31 de julio de 1970** (folio 40), la contribuyente presentó la Declaración de Rentas N° 178801, correspondiente al ejercicio coincidente con el año civil de 1969, interrumpiéndose en consecuencia el lapso de prescripción, conforme a lo establecido en el ordinal 2 del artículo 153 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1966; por lo tanto, este lapso comenzó nuevamente a contarse a partir de esa fecha, debiendo culminar cinco (5) años más tarde, o sea, el **31 de julio de 1975**, si no hubieren otros actos de interrupción de la prescripción.

Ahora bien, esta Sala observa de los autos que antes de consumarse dicho lapso, se interrumpió nuevamente el lapso prescriptivo conforme al ordinal 3 del mencionado artículo, al levantarse y notificarse al contribuyente, el **4 de julio de 1974** el Acta de Reparación N° E-23-767, determinándose a cargo de la contribuyente, por concepto de diferencia de impuesto sobre la renta, el monto de quinientos cincuenta y ocho mil doscientos sesenta bolívares con cincuenta y siete céntimos (Bs. 558.260,57), hoy expresados en quinientos veintiocho bolívares con veintiséis céntimos (Bs. 558,26), en virtud de la declaración definitiva de rentas presentada por el contribuyente en el ejercicio fiscal coincidente con el año 1969, en su carácter de contribuyente del aludido tributo.

Así, este lapso comenzó nuevamente a contarse a partir de esa fecha, debiendo culminar cinco (5) años más tarde, o sea, el **4 de julio de 1979**.

Visto lo anterior, se evidencia de los cómputos realizados que al momento de ser dictada la Resolución N° DGAC-3-1-4-5103 emitida por la Dirección General de Control de la Administración Central de la Contraloría General de la República, mediante la cual se confirmó el reparo realizado al contribuyente José Hoffman Bossio, específicamente en fecha **28 de diciembre de 1979**, ya habían transcurrido los cinco (5) años establecidos en el artículo 147 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1966, es decir, operó la prescripción del derecho que tenía la Contraloría General de la República a exigirle al mencionado ciudadano el pago de la diferencia de impuesto y de la multa establecidos en la Resolución impugnada.

En consecuencia, esta Alzada considera que en el presente caso transcurrió íntegramente el lapso prescriptivo de la obligación tributaria a que hace alusión el referido artículo, en virtud de lo cual resulta procedente la prescripción de los derechos fiscales determinados en el reparo formulado al ejercicio coincidente con el año 1969, calculada desde el **4 de julio de 1974**, fecha de notificación del acta de reparo levantada a cargo de la contribuyente, hasta el día **4 de julio de 1979**. Así se decide.

Vistas la declaratoria de prescripción que antecede, y la emisión tardía de la Resolución impugnada y sus correspondientes planillas de liquidación, esta Sala declara improcedente el alegato esgrimido por la Contraloría General de la República, referido a que el lapso prescriptivo debe computarse desde la emisión y notificación de las mencionadas planillas, por cuanto como se explicó precedentemente, el mismo inicia al momento del nacimiento del hecho imponible, conforme con lo previsto en el artículo 147 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1966 antes reproducido, en virtud de que en el presente caso el impuesto no había sido liquidado, según lo establecido en el artículo 148 *eiusdem*.

2.6 Improcedencia de modificar la motivación del acta fiscal en la resolución culminatoria del sumario administrativo

Sentencia N°: 01211
Fecha: 12-08-09
Caso: Baker Hughes, S.R.L. vs Fisco Nacional

Ahora bien, en cuanto a las “*nuevas y distintas*” motivaciones utilizadas por la Administración Tributaria en la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo distinguida con el N° RCA/DSA/2003-000589 de fecha 18 de septiembre de 2003, para rechazar la pretensión de las rebajas por nuevas inversiones y por impuestos retenidos, que a juicio de la sociedad mercantil Baker Hughes, S.R.L., lesionó su derecho a la defensa y la garantía del debido proceso, en virtud de la imposibilidad de presentar los descargos respectivos contra esa nueva motivación y los montos incluidos en la mencionada Resolución, esta Alzada observa lo siguiente:

Del contenido del Acta Fiscal identificada con el N° RCA-DF-SIV2-2002-13878-001226 del 19 de diciembre de 2002, se observa que de las cantidades sujetas al beneficio de la rebaja por nuevas inversiones, que orbitaron en Bs. 112.266.248,00, para el período fiscal comprendido desde el 01/10/97 al 30/09/

98; y Bs. 9.449.811,00, para el ejercicio del 01/10/98 al 31/12/98, la Administración Tributaria por una parte, reconoció y por la otra rechazó algunos montos sujetos a las rebajas del impuesto por las inversiones realizadas por la contribuyente Baker Hughes, S.R.L.

En efecto, para el período fiscal comprendido desde el 01/10/97 al 30/09/98, reconoció el beneficio por la cantidad de Bs. 86.725.303,32 y rechazó el monto de Bs. 25.540.944,68.

Asimismo, para el ejercicio impositivo del 01/10/98 al 31/12/98, reconoció el beneficio por la nueva inversión efectuada, por el monto de Bs. 7.277.060,48 y rechazó la cantidad de Bs. 2.172.750,52.

Cuyo **rechazo**, obedeció a que la sociedad mercantil Baker Hughes, S.R.L., “...obtiene sus enriquecimientos de la prestación de servicios, consistentes en alquileres de equipos, repuestos y herramientas...”, y cuyo **reconocimiento** tuvo lugar en virtud de que “...parte de sus enriquecimientos los obtiene por el ejercicio de la actividad relacionada con el ramo industrial, relativa a la actividad de fabricación y/o transformación de bienes, subsumiéndose parcialmente en los supuestos del artículo 58 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994...”.

Asimismo, se observa del contenido de la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo N° RCA/DSA/2003-000589 de fecha 18 de septiembre de 2003, mediante la cual se confirmó parcialmente el Acta Fiscal antes mencionada, que la Administración Tributaria rechazó las cantidades a través de las cuales se pretendía la obtención del beneficio de la rebaja por nuevas inversiones, esto es, por Bs. 112.266.248,00 y Bs. 9.449.811,00.

Esta “*confirmatoria parcial*” obedeció en primer término a la ratificación del argumento sostenido en el Acta Fiscal N° RCA-DF-SIV2-2002-13878-001226, referente a que parte del enriquecimiento sobre el cual se pretendió el beneficio de la rebaja, lo obtiene por la **prestación de servicios a la industria de hidrocarburos**; y en segundo lugar, porque “*el resto de la porción del enriquecimiento del que se pretende la rebaja no deviene de una actividad netamente industrial, sino vinculada a la de hidrocarburos*”, resultándole aplicable entonces las alícuotas previstas en el artículo 57 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, según fue igualmente esgrimido por la representación fiscal en el escrito de contestación a los fundamentos de la apelación.

En efecto, del texto de la referida Resolución se destaca lo siguiente:

...*omissis*...

De la transcripción que antecede, si bien se observa una similitud parcial con respecto al argumento utilizado por la Administración Tributaria en el Acta Fiscal para rechazar las cantidades sujetas a rebajas por la inversión efectuada por la sociedad mercantil Baker Hughes, S.R.L., cual es, “*que el enriquecimiento producto de esas nuevas inversiones provienen de una actividad de prestación de servicio*”, también se destaca la existencia de un motivo diferente a esas razones esgrimidas en el reparo formulado, que alteró inclusive la alícuota sobre la cual la contribuyente pretendía disfrutar del beneficio de la rebaja del impuesto por las inversiones realizadas.

En efecto, del contenido de la referida Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo se observa que el órgano fiscal también utilizó como argumento para rechazar en su totalidad las cantidades sujetas a rebaja para los períodos impositivos comprendidos desde el 01/10/97 al 30/09/98 y del 01/10/98 al 31/12/98, el hecho de que la porción sobre la que se había reconocido dicho beneficio a través del acta de reparo “*no deviene de una actividad netamente industrial, sino vinculada a la de hidrocarburos*”, resultándole aplicable las rebajas contempladas en el artículo 57 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, vigente *ratione temporis*, y no aquella prevista en el artículo 58 *eiusdem*.

Así, al encuadrarla dentro de los supuestos establecidos en el citado artículo 57, la calificó como empresa dedicada a la rama de hidrocarburos, lo cual le impidió a la contribuyente ejercer sus defensas en el escrito de descargos, precisamente porque ese motivo devino distinto a los argumentos expuestos en el Acta Fiscal, al no haberse ventilado en esa fase del procedimiento administrativo.

En este orden, la inclusión de un nuevo motivo en la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo N° RCA/DSA/2003-000589 de fecha 18 de septiembre de 2003, imposibilitó a la sociedad mercantil Baker Hughes, S.R.L., el ejercicio de la defensa destinada a desvirtuar ese nuevo argumento que consistió en la calificación de “*empresa dedicada a actividades vinculadas a hidrocarburos, encuadrada dentro del supuesto previsto en el artículo 57 de la Ley de Impuesto sobre la Renta*”, pues según se observa de las actas que corren insertas en el expediente, las defensas invocadas por la contribuyente en el escrito de descargos contra el Acta Fiscal N° RCA-DF-SIV2-2002-13878-001226,

estuvieron dirigidas a demostrar que las rebajas proceden si se dan tres elementos fundamentales:

“a) que los activos en los cuales se invirtió sean aquellos previstos en la norma,

b) que tales activos estén efectiva y directamente incorporados a la producción de la renta; y

c) destinados al aumento efectivo de la capacidad productiva o a nuevas empresas”.

Así, al verificarse la existencia de un vicio que afecta de nulidad la referida Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo, como lo es, la violación del derecho a la defensa de la contribuyente, resulta inoficioso pronunciarse con respecto a los demás alegatos esgrimidos por la sociedad mercantil Baker Hughes, S.R.L. Así se decide.

2.7 Las sociedades que tengan por objeto la prestación de servicios profesionales no son sujetos pasivos del aporte del INCE

Sentencia N°: 01655
Fecha: 18-11-09
Caso: Steel, Héctor & Davis, S.C., vs Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)

...esta Máxima Instancia, conforme a los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, ha ratificado en casos subsiguientes (*Vid.* sentencias Nros. 01078 del 12 de agosto de 2004; 01977 del 2 de agosto de 2006 y 01836 del 14 de noviembre de 2007) que, en efecto “(...) *sólo las actividades económicas de naturaleza mercantil son susceptibles de ser gravadas con impuestos comercio-industriales, como premisa fundamental para excluir de este tipo de imposición a los servicios profesionales prestados con motivo del ejercicio de las actividades denominadas liberales de naturaleza eminentemente civil, a pesar del ánimo de lucro que evidencian, por constituir un supuesto de no sujeción (...)*”.

Planteadas las divergentes posiciones en los términos antes expuestos, resulta obligatorio concluir, tal como lo declaró el tribunal de origen, que Steel, Héctor & Davis, S.C. fue constituida y existe bajo la forma de una sociedad civil, “(...)

de carácter profesional y no mercantil ni industrial, [que] tendrá por objeto la prestación de servicios profesionales de toda clase incluyendo los servicios de abogacía (...)”; y tales servicios, conforme al vigente y vinculante criterio emitido por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, son de **naturaleza esencialmente civil** y, por ende, no son susceptibles de gravabilidad.

En función de los argumentos que anteceden, se debe concluir que la recurrente, tal como lo declaró el *a quo*, no es sujeto pasivo de la contribución del dos por ciento (2%) prevista en el ordinal primero del artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), cuyo hecho imponible está vinculado al ejercicio de actividades mercantiles. Así se decide.

2.8 Los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio de Vivienda (FAOV) son de naturaleza tributaria

Sentencia N°: 01540
Fecha: 28-10-09
Caso: Alimentos Kellogg, S.A. vs Banco Nacional de Vivienda Y Hábitat (BANAVIH)

...referente a la naturaleza tributaria de los aportes en comentario, que deben efectuar los sujetos pasivos al Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), esta Sala mediante sentencia N° 01007 del 18 de septiembre de 2008, Caso: *Festejos Mar, C.A.*, señaló lo siguiente:

“(...) Así, de la normativa transcrita se advierte que la obligación legal establecida en cabeza de patronos y empleados de contribuir con el sistema habitacional obligatorio mediante el aporte de una exacción patrimonial, que por su tipificación encuadra dentro de la clasificación legal de los tributos, vale decir, como una ‘contribución’ debida por el particular a un determinado ente por la percepción de un beneficio o aumento de valor de sus bienes derivado de la realización de obras públicas o la prestación de servicios o proyectos públicos (...).

En efecto, en el acto impugnado el ente habitacional actuando en el ejercicio de sus funciones practicó una fiscalización a la empresa recurrente respecto de sus obligaciones con el Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda, para comprobar tanto el estado de los aportes propios a los cuales se encuentra obligada por ley, así como para verificar la realización y posterior entera-

miento de las retenciones que ésta debe practicarles a sus trabajadores como agente de retención de la referida contribución parafiscal. Por esta razón, juzga la Sala que el señalado acto administrativo dictado por el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) detenta un eminente carácter tributario (...) que escapa del conocimiento en vía de impugnación de la esfera competencial atribuida a las Cortes de lo Contencioso Administrativo, en virtud de existir una jurisdicción especial exclusiva y excluyente atribuida a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario para el conocimiento de los actos de contenido tributario que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten los derechos de los particulares (...) conforme a las previsiones normativas contenidas en el instrumento regulador de la materia tributaria (Código Orgánico Tributario)”.

Derivado de lo anterior, debe esta Sala señalar que los aportes al Fondo de Ahorro Obligatorio para la Vivienda (FAOV), constituyen contribuciones especiales, razón por la cual la competencia para conocer de los actos emanados de la Gerencia de Fiscalización del Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH), que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados, respecto al referido aporte, corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Tributaria. Así se declara

2.9 Multas Tributarias. Su cálculo debe reconocer de forma gradual las atenuantes y/o agravantes

Sentencia N°: 01649
Fecha: 18-11-09
Caso: Constructora Seana, C.A. vs Contraloría General de la República

En razón a lo anterior, pasa esta Alzada, en virtud de la remisión expresa establecida en el artículo 72 del Código Orgánico Tributario de 1992 (*ratione temporis*), al examen de lo señalado en el artículo 37 del Código Penal, aplicable en forma supletoria en materia de imposición de sanciones de multa por infracciones de índole tributario. Tal artículo, prevé lo siguiente:

“Artículo 37.- Cuando la ley castiga un delito o falta, con pena comprendida entre dos límites, se entiende que la normalmente aplicable es el término medio que se obtiene sumando los dos números y tomando la mitad; se la reducirá hasta el límite inferior o

se la aumentará hasta el superior, según el mérito de las respectivas circunstancias atenuantes o agravantes que concurran en el caso concreto debiendo compensárselas cuando las haya de una y otra especie (...). (Resaltado y Subrayado de esta Sala).

En la norma transcrita, se regula la forma en que deben ser impuestas las penas tras la comisión de un delito o falta; siendo en el caso de autos que tales castigos se circunscriben a sanciones de multa derivadas de la ocurrencia de infracciones a la normativa tributaria por parte de la contribuyente.

De dicha regulación, se evidencia que la autoridad contralora al momento de calcular la sanción correspondiente, debe hacerlo partiendo del promedio obtenido a través de la sumatoria de los límites máximo y mínimo de la multa. Luego, ese término medio se reduce o se aumenta, dependiendo del acaecimiento de circunstancias atenuantes o agravantes, de la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la obligación tributaria que concurran en el caso concreto.

Visto lo expuesto, la Sala observa que en el artículo 86 del Código Orgánico Tributario de 1992 aplicable "*ratione temporis*", el legislador fiscal venezolano especificó enunciativamente cinco (5) circunstancias agravantes y cinco (5) circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal tributaria anteriormente aludida, en los términos que a continuación se indican:

Artículo 86.- *Son circunstancias agravantes:*

- 1.- *La reincidencia y la reiteración.*
- 2.- *La condición de funcionario o empleado público.*
- 3.- *La gravedad del perjuicio fiscal.*
- 4.- *La gravedad de la infracción.*
- 5.- *La resistencia o reticencia del infractor para esclarecer los hechos.*

Son atenuantes:

- 1.- *El estado mental del infractor que no excluya totalmente su responsabilidad.*
- 2.- *No haber tenido la intención de causar el hecho imputado de tanta gravedad.*
- 3.- *La presentación o declaración espontánea para regularizar el crédito tributario. No se reputará espontánea la presentación o declaración, motivada por una fiscalización por los organismos competentes.*

4.- No haber cometido el indiciado ninguna violación de normas tributarias durante los tres (3) años anteriores a aquél en que se cometió la infracción.

5.- Las demás atenuantes que resultaren de los procedimientos administrativos o jurisdiccionales, a juicio de los juzgadores. En el proceso se apreciará el grado de la culpa, para agravar o atenuar la pena, e igualmente y a los mismos efectos, el grado de cultura del infractor". (Resaltado y Subrayado de la Sala).

Ahora bien, conforme a los criterios pacíficos y reiterados emitidos por esta Máxima Instancia, el cómputo de las penas pecuniarias originadas por la comisión de ilícitos tributarios debe ser realizado por la autoridad correspondiente, de acuerdo a la ocurrencia de las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad penal tributaria antes referidas, partiendo del término medio de dicha sanción. Así, al efectuar dicho cálculo, debe observarse cuántas de las cinco (5) atenuantes o de las cinco (5) agravantes acaecen en un supuesto fáctico específico.

En el caso de autos, el ente contralor determinó a cargo de la contribuyente sanciones de multa por haber incurrido en disminución ilegítima de ingresos tributarios, conforme al artículo 99 del Código Orgánico Tributario de 1992, vigente para los ejercicios investigados. Tal artículo, establece:

"Artículo 99.- El que mediante acción u omisión que no constituya ninguna de las otras infracciones tipificadas en este Código, cause una disminución ilegítima de ingresos tributarios, inclusive mediante la obtención indebida de exoneraciones u otros beneficios fiscales, será penado con multa desde un décimo hasta dos veces el monto del tributo omitido". (Resaltado de esta Máxima Instancia).

Conforme a la norma reproducida, debe entenderse que la misma comprende dos límites: uno mínimo, el cual radica en "**un décimo**" (10%) del tributo omitido, y uno máximo, consistente en "**dos veces**" (200%) el monto del referido gravamen dejado de pagar. La sumatoria de ambos, seguida de su división entre dos (2), arroja como resultado un 105%, porcentaje al cual equivale el término medio de la sanción.

Del resultado anterior (es decir, del 105%) partirá la imposición de la sanción de multa correspondiente, y dependiendo de la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, el mismo aumentará o descenderá sin exceder los aludidos límites mínimo (10%) y máximo (200%). En otras palabras, el artículo transcrito ordena que el *quantum* de la sanción sea ubicado dentro del rango existente entre el 10% y el 200% del impuesto dejado de enterar al Tesoro

Nacional, por lo que no debe ser establecido el monto de la pena pecuniaria ni por debajo ni por encima de tales porcentajes.

Por ende en el caso concreto, para realizar el cálculo pertinente, debe el funcionario competente tomar en consideración que cada circunstancia atenuante declarada como procedente equivale a una rebaja del **19% o de un quinto (1/5)** del monto total de la sanción determinada, derivado éste porcentaje (a saber, 19%) del cómputo realizado entre la sustracción del 10% y del 105%, seguida de su división entre las cinco (5) atenuantes establecidas legalmente.

Así, reiterándose lo anterior, concluye esta Sala que **deriva de tal operación matemática la cantidad de 19% o de un quinto (1/5)**; que corresponde al *quantum* que debe restarse del término medio de la sanción (105%). A mayor abundamiento, se observa que la aludida jurisprudencia ha establecido, a los efectos del cómputo de sanciones de multa, la rebaja de un quinto (1/5) de dichas sanciones (partiendo, como ya se indicó, desde su término medio), por cada atenuante declarada como procedente (*Vid.* entre otras, sentencias Nros. 00755 del 17 de mayo de 2007; 01476 y 01488, ambas del 14 de agosto de 2007; 00498 del 24 de abril de 2008 y 00951 del 25 de junio de 2009; casos: *Operadora Mar Plaza, C.A.*; *Merinvest, C.A.*; *Aluminio Pianveca, C.A.*; *Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)* y *Alimentos Kellogg, S.A.*, respectivamente).

En este orden, del caso concreto se observa que el fallo apelado ordenó el recálculo de las sanciones impuestas con base al límite mínimo de las mismas, cuando sólo fue alegada y probada por la contribuyente impugnante en el recurso contencioso tributario incoado una (1) circunstancia atenuante de responsabilidad penal tributaria, a saber, la relativa a “*no haber cometido (...) ninguna violación de normas tributarias durante los tres (3) años anteriores a aquél en que se cometió la infracción*”; debiendo entonces el tribunal de origen atenuar las penas gradualmente, y no hasta el *quantum* menor, por no concurrir varias circunstancias que provocasen tal disminución de la sanción.

Por ello, se evidencia que el pronunciamiento apelado por la representación contralora fue emitido bajo una errónea interpretación del artículo 37 del Código Penal antes transcrito, razón por la cual se declara con lugar la apelación ejercida; y en virtud de haberse comprobado la ocurrencia de la atenuante antes aludida, se revoca de la sentencia impugnada lo decidido con relación al nuevo cálculo de las multas correspondientes. Así se establece.

En consecuencia, esta Alzada concluye que las sanciones de multa en referencia, luego de la proporción pertinente, deben determinarse en el 86% de los tributos omitidos por la contribuyente (luego de restar un 19%, o un quinto $-1/5-$, lo cual corresponde a la procedencia de una atenuante, tal como se señaló precedentemente); por lo que se ordena a la Administración Tributaria realizar nuevos cálculos, considerando los términos de esta sentencia. Así finalmente se declara.

2.10 Procedencia de la retención del impuesto sobre la renta sobre pagos de servicios públicos. (Año fiscal 1995)

Sentencia N°: 01251
Fecha: 12-08-09
Caso: Zaramella & Pavan Construction Company, S.A.
vs Fisco Nacional

Por otra parte, adujo en su recurso contencioso tributario la contribuyente, que la retención sobre pagos de servicios públicos (telefonía celular) es improcedente, en virtud que en el articulado del Decreto N° 507 de fecha 28 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.836 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1994, así como en los artículos 27, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 51, 53, 65, 66 y 68 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1994, no se establece que tal servicio esté sujeto a retención.

Ahora bien, a los fines de verificar la conformidad a derecho de dicha pretensión, observa esta Sala que el numeral 11 del artículo noveno del Decreto N° 507 de fecha 28 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.836 Extraordinario de fecha 30 de diciembre de 1994 (aplicable *ratione temporis* al ejercicio fiscal 1995, objeto de la presente controversia) mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley de Impuesto sobre la Renta en materia de Retenciones, dispone lo siguiente:

*“**Artículo 9°.**- En concordancia con lo establecido en el artículo 1° de este Reglamento, están obligados a practicar la retención del impuesto los deudores o pagadores de enriquecimientos netos o ingresos brutos de las siguientes actividades, realizadas en el país por personas naturales residentes; personas naturales no residentes; personas jurídicas domiciliadas y personas jurídicas no domiciliadas, y asimiladas a éstas, de acuerdo con los siguientes porcentajes:*

(...omissis...)

11.- Los pagos que hagan las personas jurídicas, consorcios o comunidades a empresas contratistas o sub-contratistas domiciliadas o no en el país, en virtud de la ejecución de obras o de la prestación de servicios en el país, sean estos pagos efectuados con base a valuaciones, órdenes de pago permanentes, individuales o mediante cualquier otra modalidad". (Destacado de la Sala).

En ese orden, del contenido del artículo 15° del referido texto normativo, se desprende la noción de empresas contratistas y sub-contratistas, en los siguientes términos:

“Artículo 15°.- A los fines de la retención prevista en el numeral 11 del artículo 9° de este Reglamento, se entiende por empresa contratista la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no con otra persona jurídica, consorcio o comunidad, en realizar en el país, por cuenta propia o en unión de otras empresas, cualquier obra, o prestación de los servicios comprendidos en dicho numeral.

Asimismo se entiende por empresa sub-contratista la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no, con una empresa de servicios en beneficio de su contratista”.

En la norma antes transcrita, se define a la **empresa contratista**, como la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no con otra persona jurídica, consorcio o comunidad, en ejecutar en territorio venezolano, por cuenta propia o en unión de otras empresas, cualquier obra, o prestación de servicios. Además, se indica que la **empresa sub-contratista** es aquella persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no, en la acometida de obras o la prestación de servicios en beneficio de la empresa contratista.

Visto lo expuesto, observa la Sala que la contribuyente en su recurso contencioso tributario, alegó que en la telefonía celular “(...) *lo que existe es un contrato de compra-venta y no la ejecución de obras o la prestación de un servicio (...)*”, basándose en lo establecido por doctrina tributaria del SENIAT.

Con respecto a tal particular, la sociedad mercantil indicó que la referida doctrina señalaba que es distinta la situación cuando una persona natural o jurídica contrata con una de las referidas empresas, para realizar instalaciones o incorporar otras, cuando se trate de trabajos de acometidas eléctricas, instalaciones de tuberías, de centrales telefónicas, etc., que se traducen en roturas de pavi-

mentos, aperturas de zanjas o inclusive restauración o reparación de las acometidas ya existentes o cualesquiera otra obra o servicio, concluyendo que “(...) **cuando se trata de la compra-venta del fluido eléctrico, de la comunicación telefónica o del suministro de agua, NO PROCEDEN LAS RETENCIONES A QUE SE CONTRAEN LAS NORMAS LEGALES ya señaladas, pero cuando se trata de los antes mencionados proyectos de construcción y reparaciones de alguno de esos servicios públicos, sí están obligados a efectuar las retenciones a que se contraen las señaladas disposiciones legales (...)**”. (Resaltado de esta Alzada).

Ahora bien, para el análisis de lo anteriormente indicado, considera necesario esta Máxima Instancia comparar las distintas normas relativas a la retención de impuesto sobre la renta por la realización de obras o la prestación de servicios.

Así, se observa que los artículos 15° del Decreto N° 507 de fecha 28 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.836 Extraordinario del 30 de diciembre de 1994 (aplicable *ratione temporis* al ejercicio fiscal 1995, objeto de la presente controversia); 16 del Decreto N° 1.344 de fecha 29 de mayo de 1996, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.075 Extraordinario del 27 de junio de 1996; y 16 del Decreto N° 1.808 de fecha 23 de abril de 1997, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.203 del 12 de mayo de 1997, resultan del siguiente tenor:

“**Artículo 15°** (Decreto N° 507, 28/12/1994).- *A los fines de la retención prevista en el numeral 11 del artículo 9° de este Reglamento, se entiende por empresa contratista la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no con otra persona jurídica, consorcio o comunidad, en realizar en el país, por cuenta propia o en unión de otras empresas, cualquier obra, o prestación de los servicios comprendidos en dicho numeral.*

Asimismo se entiende por empresa sub-contratista la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no, con una empresa de servicios en beneficio de su contratista”.

“**Artículo 16** (Decreto N° 1.344, 19/05/1996).- *A los fines de la retención prevista en el numeral 11 del artículo 9° de este Reglamento, se entiende por empresa contratista a la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no, con otra persona jurídica, consorcio o comunidad, en realizar en el país, por cuenta propia o en unión de otras empresas, cualquier obra, o prestación de los servicios comprendidos en dicho numeral.*

Asimismo se entiende por empresa sub-contratista la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no, con una empresa de servicios en beneficio de su contratista.

Parágrafo Primero: A los fines de este Decreto, se entenderá por servicio cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer. También se considerarán servicios los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales.

Se exceptúa de la obligación de retener en los casos de pagos por conceptos de suministro de agua, electricidad, teléfono fijo y aseo domiciliario (...)”.

“Artículo 16 (Decreto N° 1.808, 23/04/1997).- A los fines de la retención prevista en el numeral II del artículo 9° de este Reglamento, se entiende por empresa contratista a la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no con otra persona jurídica, consorcio o comunidad, en realizar en el país, por cuenta propia o en unión de otras empresas, cualquier obra, o prestación de los servicios comprendidos en dicho numeral.

Asimismo se entiende por empresa sub-contratista la persona natural, jurídica, consorcio o comunidad que conviene en forma expresa o no, con una empresa de servicios en beneficio de su contratista.

Parágrafo Primero: A los fines de este Decreto, se entenderá por servicio cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer. También se considerarán servicios los contratos de obras mobiliarias e inmobiliarias, incluso cuando el contratista aporte los materiales.

Se exceptúa de la obligación de retener en los casos de pagos por conceptos de suministro de agua, electricidad, gas, telefonía fija o celular y aseo domiciliario (...)” (Resaltado y subrayado de esta Alzada).

De lo anterior, puede observarse que en la primera norma transcrita, aplicable al presente caso en virtud de su vigencia temporal en el ejercicio fiscal 1995, objeto de controversia, solamente son definidas las empresas contratistas y sub-contratistas.

De seguidas, el legislador tributario incluyó en los Decretos Nros. 1.344 del 19/05/1996 y 1.808 del 23/04/1997, el concepto de **servicio**, el cual radica en “(...) cualquier actividad independiente en la que sean principales las obligaciones de hacer (...)”, llevadas a cabo por las empresas contratistas o sub-contratistas.

tistas a favor de la sociedad mercantil sujeta a la retención del impuesto. Asimismo, estableció la excepción de la obligación por parte de la contribuyente, de retener el tributo en los casos de pagos por conceptos de suministro de agua, electricidad, gas, aseo domiciliario y *telefonía fija o celular*.

Así, observa la Sala que la doctrina tributaria del SENIAT llamada a colación por la sociedad mercantil, tendiente a la dispensa de la retención por los servicios arriba mencionados, no se aplica en la actual controversia, por cuanto de su análisis se desprende que la misma surge del estudio de los Decretos Nros. 1.344 del 19/05/1996 y 1.808 del 23/04/1997 y, como ya se indicó, la legislación aplicable a la presente causa es el Decreto N° 507 del 28/12/1994, el cual no libra al agente de retención de su deber propio de retener y enterar a la Administración Tributaria el impuesto sobre la renta en los pagos realizados por los conceptos ya nombrados. Simplemente, se estableció en el Decreto N° 507 objeto de disertación, que serían susceptibles de la referida retención “(...) *los pagos que hagan las personas jurídicas, consorcios o comunidades a empresas contratistas o sub-contratistas domiciliadas o no en el país, en virtud de la ejecución de obras o de la prestación de servicios en el país, sean estos pagos efectuados con base a valuaciones, órdenes de pago permanentes, individuales o mediante cualquier otra modalidad (...)*”, sin especificar distinción alguna entre las actividades relativas a instalaciones eléctricas, de tuberías, de centrales telefónicas, etc., y lo referente a la compra-venta del fluido eléctrico, de la comunicación telefónica o del suministro de agua.

En consecuencia, al considerarse que (para el caso actualmente analizado) los pagos realizados por la contribuyente por servicios de telefonía celular surgen como consecuencia de una operación de prestación de servicios, debe entenderse que los montos objetados por la Administración Tributaria se encuentran sujetos a retención del aludido impuesto, por cuanto la normativa aplicable no realizó distinción entre las actividades anteriormente mencionadas. Por ende, se desestima el alegato de la contribuyente y resulta procedente el reparo por este concepto. Así se declara.

2.11 Se tomará el tipo de cambio legal de la moneda en la oportunidad en que ocurrió el hecho imponible, en materia de impuesto al valor agregado

Sentencia N°: 01652
Fecha: 18-11-09
Caso: Zaramella & Pavan Construction Company, S.A.
vs Fisco Nacional

Ahora bien, conviene analizar el contenido de la norma aplicable al presente caso, la cual está contenida en el artículo 25 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.006 del 3 de agosto de 2000 (previsto en similares términos en el decreto homónimo publicado en GO N° 5.341 Extraordinario del 5 de mayo de 1999).

Tal artículo, plantea lo siguiente:

***“Artículo 25.- En los casos en que la base imponible de la venta o prestación de servicio estuviere expresada en moneda extranjera, se establecerá la equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio corriente en el mercado del día en que ocurre el hecho imponible, salvo que éste ocurra en un día no hábil para el sector financiero, en cuyo caso se aplicará el vigente en el día hábil inmediatamente siguiente al de la operación.*”**

En los casos de la importación de bienes la conversión de los valores expresados en moneda extranjera que definen la base imponible se hará conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Aduanas y su Reglamento”. (Resaltado y subrayado de esta Alzada).

Así, prevé la norma el supuesto en el cual la base imponible para el cálculo del impuesto al valor agregado (sea mediante la venta de un bien mueble o inmueble, o a través de la prestación de un servicio determinado) esté expresada en divisas extranjeras, indicando que se establecerá la equivalencia de las mencionadas divisas en moneda nacional, conforme al tipo de cambio corriente en el mercado del día en que ocurrió el hecho imponible.

Visto lo anterior, la ley en comentario en su artículo 13 indica los momentos cuando se perfeccionan los hechos imponibles que dan lugar a la existencia de las obligaciones tributarias, en los siguientes términos:

“Artículo 13. - *Se entenderán ocurridos o perfeccionados los hechos imponibles y nacida, en consecuencia, la obligación tributaria:*

1. En la venta 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 la importación definitiva de bienes muebles, en el momento que tenga lugar el registro de la correspondiente declaración de aduanas;

3. *En la prestación de servicios:*

1. En los casos de servicios de electricidad, telecomunicaciones, aseo urbano, de transmisión de televisión por cable o por cualquier otro medio tecnológico, siempre que sea a título oneroso, desde el momento en que se emiten las facturas o documentos equivalentes por quien preste el servicio;

2. En los casos de servicios de tracto sucesivo, distintos a los mencionados en el literal anterior, cuando se emitan las facturas o documentos equivalentes por quien presta el servicio o cuando se realice su pago o cuando sea exigible la contraprestación total o parcialmente;

3. En los casos de servicios prestados a entes públicos, cuando se autorice la emisión de la orden de pago correspondiente;

4. En los casos de prestaciones 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 recepción por el beneficiario o receptor del servicio;

5. *En todos los demás casos distintos a los mencionados en los literales anteriores, 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, según sea lo que ocurra primero*” (Resaltado y subrayado de esta Alzada).

Adecuando la normativa transcrita al caso concreto, evidencia esta Máxima Instancia del acto administrativo impugnado que la contribuyente Zaramella y Paván Construction Company, S.A. prestó servicios de “*construcción en general, excavaciones, drenajes, apertura de zanjas, rellenos e instalaciones de tuberías, construcción de carreteras y desmontes*” a distintas empresas, lo cual generó la emisión de facturas por el pago de tales asistencias.

Las divisas extranjeras con las que se pagaron a la recurrente sus labores (las cuales constaban en los montos reflejados en las facturas examinadas en la investigación fiscal) fueron registradas en los libros de venta correspondientes, conforme al tipo de cambio existente a la fecha de expedición de las facturas objeto de controversia, según lo admitido por el Fisco Nacional en la actuación recurrida; levantando el reparo de autos en virtud de que “*(...) tales facturas fueron canceladas al tipo de cambio vigente para la fecha de cancelación de las mismas, originándose la diferencia en cambio antes mencionada (...)*”.

Ahora bien, en opinión de esta Alzada, y tal como lo manifestó el tribunal de origen en su decisión, la normativa reproducida arriba es clara al indicar que la base imponible para el cálculo del impuesto al valor agregado proveniente de la prestación de un servicio determinado, mediante monedas extranjeras, es la resultante de la equivalencia de dichas divisas con la moneda nacional, conforme al tipo de cambio corriente en el mercado **del día en que ocurrió el hecho imponible**, y que, para el caso de autos, tal hecho se materializó **cuando se emitieron las facturas para el pago de los servicios prestados**, conforme al numeral 3-5 del artículo 13 del Decreto con Fuerza y Rango de Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado; por cuanto, tal como se define en la mencionada norma, la expedición de las facturas fue la primera situación acaecida para el perfeccionamiento del referido hecho. En consecuencia, la contribuyente tenía el deber, conforme a la ley de declarar el tributo en referencia en esa oportunidad.

En virtud de lo anterior, tal como lo señaló el tribunal de origen, la Administración Tributaria Regional incurrió en una interpretación errada de las normas comentadas al momento de levantar el reparo por el concepto en estudio, por lo que se confirma el pronunciamiento del juzgador de instancia sobre el particular. Así se declara.

2.12 Suspensión del lapso de prescripción cuando se tramita una solicitud de remisión tributaria

Sentencia N°: 00670
Fecha: 21-05-09
Caso: Cementos Catatumbo, C.A. vs Fisco Nacional

La representación en juicio de la contribuyente, mediante escrito consignado en el expediente en fecha 12 de diciembre de 2006, solicitó la declaratoria de prescripción “(...) *de la obligación tributaria derivada de la Ley de Remisión Tributaria (...)*”, en los siguientes términos:

...omissis...

Visto tal requerimiento, es menester destacar que en materia tributaria el instituto jurídico de la prescripción adquiere particular relevancia, en tanto condiciona el ejercicio de facultades y derechos al paso del tiempo, sancionando la conducta negligente de la Administración o del administrado en razón del principio de seguridad jurídica y certeza de las relaciones ordenadas por el derecho. Asimismo, ha de atenderse a la importancia de los supuestos de interrupción y de suspensión, cuyo efecto jurídico común es la dilación de los plazos de prescripción antes de su consumación definitiva (*Vid.* los fallos dictados por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en fechas 2 de noviembre de 1995 y 7 de abril de 1999, casos: *Ron Santa Teresa y Distribuidora Guadalquivir*, respectivamente, y ratificados recientemente por esta Alzada mediante sentencias Nros. 00497 del 24 de abril de 2008, caso: *Polifilm de Venezuela, C.A.*, y 00288 del 4 de marzo de 2009, caso: *José Hoffman Bossio*).

Ahora bien, como ya se mencionó anteriormente, la contribuyente Cementos Catatumbo, C.A. solicitó a esta Alzada que fuese declarada la prescripción de “(...) *la obligación tributaria derivada de la Ley de Remisión Tributaria (...)*”, en virtud de que, en su criterio, “(...) *entre el 29 de noviembre de 1994, fecha en que se dijo ‘vistos’, y el 22 de octubre de 1996, fecha en que mi representada se acogió a la Ley de Remisión Tributaria, la causa se encontraba paralizada, transcurriendo un (1) año, 10 meses y 23 días del lapso de prescripción; y más todavía, desde el 22 de octubre de 1996 no ha habido en el presente expediente actuación alguna de la representación fiscal a los fines de que se efectúe el procedimiento previsto en el artículo 7 y siguientes de la Ley de Remisión Tributaria (...)*”.

En tal sentido, el artículo 7° de la Ley de Remisión Tributaria, ya analizado, preveía en forma clara la *suspensión* del proceso administrativo o jurisdiccional **hasta tanto la Administración Tributaria expidiera el referido finiquito**, previo el pago por parte de la contribuyente de las planillas de liquidación sustitutivas donde fuese establecido el monto resultante de la obligación tributaria luego de su condonación parcial, en caso de que la misma fuese procedente; lo cual conllevaría a la terminación del procedimiento y al archivo definitivo del expediente.

En consecuencia, esta Sala declara improcedente la prescripción solicitada, en virtud de que la presente causa se encuentra suspendida conforme lo expuesto anteriormente, no existiendo entonces la paralización del procedimiento aludida por la representación en juicio de la contribuyente. Así finalmente se decide.

2.13 Requisitos legales para la exoneración del impuesto sobre la renta de los intereses devengados sobre participaciones en los fondos de activos líquidos y las mesas de dinero

Sentencia N°: 00839
Fecha: 10-06-09
Caso: Agropecuaria Flora, C.A. vs Fisco Nacional

...se observa que las mencionadas exoneraciones de los intereses son fundamentalmente 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 y, en consecuencia, generar empleos.

Al respecto, el artículo primero del Decreto N° 1.372 de fecha 21 de diciembre de 1990, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.628 del 4 de enero de 1991, disponía lo que se indica a continuación:

“Artículo 1.- Se exonera del pago del impuesto sobre la renta, el ochenta por ciento (80%) de los intereses que devenguen los depósitos a plazo no menor de 90 días, efectuados en bancos e instituciones de crédito regidos por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito o por leyes especiales.

Parágrafo Único: No gozarán de la exoneración a que se refiere este artículo, los intereses de los depósitos que hagan las institu-

ciones financieras o bancarias regidas por la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito domiciliadas en el país, ni los de aquéllas regidas por leyes especiales, salvo los devengados por los fondos de activos, los cuales sí gozarán de la exoneración”.

De la lectura de esta disposición, se desprende la existencia de ciertos requisitos de carácter concurrente de acuerdo a los cuales se puede exonerar el ochenta por ciento (80%) de 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 atención a las consideraciones antes descritas y de la revisión de las actas que componen el expediente, evidencia la Sala que la suma correspondiente al ejercicio coincidente con el año civil de 1991, por la cantidad de veintiocho millones ochocientos treinta y cuatro mil ciento noventa y ocho bolívares sin céntimos (Bs. 28.834.198,00), declarada por la contribuyente como intereses provenientes de participaciones y títulos valores (folio 64), no acata las exigencias previstas en el decreto en referencia, por cuanto no cumple con el plazo en él exigido, tal como se desprende del análisis de las ya nombradas participaciones y títulos valores del Banco Mercantil, Banco Provincial y Corp Banca (folios 135 al 569, ambos inclusive), consignadas por la representación de la contribuyente ante el tribunal de instancia.

Adicionalmente y atendiendo al 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, pero cabe agregar que en el supuesto negado que estuviesen o fueran incluidos los llamados fondos de activos líquidos y mesas de dinero en el artículo primero del Decreto, tampoco la condición del plazo no menor de noventa (90) días es cumplida por la cantidad determinada en el reparo efectuado por la Administración Tributaria.

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 legalidad previsto en el artículo 236 de la Constitución de 1961, y desarrollado específicamente en el artículo 5 del Código Orgánico

Tributario de 1982, aplicables al presente caso en razón de su vigencia temporal (hoy artículo 314 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 3 del Código Orgánico Tributario de 2001).

Ahora bien, entiende esta Alzada 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 evidenciado de las actas procesales que los intereses declarados por la contribuyente como exonerados del impuesto sobre la renta no llenan esta exigencia dispositiva, resulta forzoso para esta Sala confirmar el reparo efectuado por la Administración Tributaria al ejercicio coincidente con el año civil 1991, 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 artículo primero del Decreto N° 1.372 del 21 de diciembre de 1990, por la cantidad de veintiocho millones ochocientos treinta y cuatro mil ciento noventa y ocho bolívares sin céntimos (Bs. 28.834.198,00). En consecuencia, se declara improcedente el vicio de falso supuesto de hecho alegado por la contribuyente sobre el particular. Así se decide.

3. Entes susceptibles de revisar en Consulta, conforme lo previsto en el Artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. (Gaceta Oficial N° 5.892 Extraordinario del 31 de Julio de 2008)

3.1 Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Sentencia N°: 01540
Fecha: 28-10-09
Caso: Alimentos Kellogg, S.A. vs Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH)

Con relación al último de los supuestos mencionados, relativo a que la sentencia resulte desfavorable para la República, constata la Sala que el acto administrativo impugnado por la contribuyente aportante fue emitido por la Gerencia de Fiscalización, cuya ley de creación y organización (Decreto con Rango, Valor y

Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.899 Extraordinario del 31 de julio de 2008), dispone de manera expresa en su artículo 10, lo siguiente: **“El Banco Nacional de Vivienda y Hábitat gozará de las prerrogativas, privilegios y exenciones de orden fiscal, tributario, procesal y de cualquier otra índole que la Ley otorgue a la República”**. (Destacado de la Sala).

Por consiguiente, al igual que en los casos donde la República sea parte, las sentencias de instancia en que el Banco Nacional de Vivienda y Hábitat (BANAVIH) resulte perdidoso, deben ser consultadas al tribunal superior competente, en el caso concreto, la Sala Político-Administrativa, por ser la alzada natural de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario.

En razón de lo anterior y visto que la sentencia definitiva objeto de consulta fue desfavorable a los intereses del referido ente, procede esta Sala de seguir a revisar su conformidad a derecho, de acuerdo con el artículo 72 del vigente Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008...

3.2 CVG Aluminio del Caroní, C.A.

Sentencia N°: 00242
Fecha: 26-02-09
Caso: CVG Aluminio del Caroní, S.A. vs Fisco Nacional

...No obstante la declaratoria que antecede, debe esta Sala atender al contenido del artículo 24 del Decreto N° 1.531 con Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Estatuto Orgánico del Desarrollo de Guayana, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.553 Extraordinario del 12 de noviembre de 2001, el cual establece lo siguiente:

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

Por su parte, el artículo 72 del Decreto N° 6.286 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría

General de la República, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008, dispone:

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

De la lectura concatenada de las normas antes reproducidas, se evidencia claramente que la sociedad mercantil C.V.G. Aluminio del Caroní, S.A. (CVG ALCASA) goza por disposición expresa de la Ley, de las mismas prerrogativas y privilegios de la República y, en especial, de la consulta obligatoria prevista en el citado artículo 72; de manera que en casos como el de autos, ambas partes, contribuyente y Fisco Nacional, disfrutan de la misma prerrogativa y, por consiguiente, si la decisión de instancia favorece las pretensiones procesales de cualquiera de ellas, debe ser consultada por igual ante el órgano de Alzada competente.

3.3 Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)

Sentencia N°: 00273
Fecha: 26-02-09
Caso: H.L. Boulton & Co, S.A. vs Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)

Con relación al último de los supuestos referidos, esto es, que la sentencia resulte desfavorable para la República, evidencia la Sala que el acto administrativo impugnado por la contribuyente aportante fue emitido por el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), hoy Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES), cuya ley de creación y organización dispone de manera expresa en su artículo 1° que el mencionado Instituto “(...) *disfrutará de todas las prerrogativas, privilegios y exenciones fiscales tributarias de la República Bolivariana de Venezuela (...)*”.

Por consiguiente, al igual que en los casos donde la República sea parte, las sentencias de instancia en que el Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista (INCES) resulte perdedor, deben ser consultadas por el tribunal superior competente, en el caso concreto, la Sala Político-Administrativa, por ser la alzada natural del Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas...”.

3.4 Siderúrgica del Orinoco (SIDOR), C.A.

Sentencia N°: 00841
Fecha: 10-06-09
Caso: Siderúrgica del Orinoco (SIDOR), C.A. vs Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)

...debe esta Sala atender al contenido de los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto N° 6.058 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Ordenación de las Empresas que Desarrollan Actividades en el Sector Siderúrgico en la Región de Guayana del 30 de abril de 2008, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.928 del 12 de mayo de 2008, los cuales establecen lo siguiente:

*“Artículo 2°. Se ordena la transformación de la sociedad mercantil SIDOR C.A., sus empresas filiales y afiliadas, en **empresas del Estado** de conformidad con lo previsto en el artículo 100 de la Ley Orgánica de Administración Pública, con una participación estatal no menor del 60% de su capital social.*

*Artículo 3°. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo primero, se declaran de **utilidad pública y de interés social** las actividades que desarrolla la sociedad mercantil SIDOR C.A., sus empresas filiales y afiliadas, así como las obras, trabajos y servicios que fueran necesarios para realizarlas.*

Artículo 4°. La República, por órgano del Ministerio del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería o cualesquiera de sus entes descentralizados funcionalmente, serán los titulares del porcentaje accionario que corresponda al sector público en las nuevas Empresas del Estado, creadas como consecuencia de la transformación a que se refiere el artículo 2° del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica”. (Destacado de la Sala).

Asimismo, el artículo 102 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública vigente, prevé:

“Artículo 102. Las empresas del Estado son personas jurídicas de derecho público constituidas de acuerdo a las normas de derecho privado, en las cuales la República, los estados, los distritos metropolitanos y los municipios, o alguno de los entes descentralizados funcionalmente a los que se refiere el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, solos o conjuntamente, tengan una participación mayor al cincuenta por ciento del capital social”.

Por su parte, el artículo 72 del Decreto N° 6.286 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.892 Extraordinario del 31 de julio de 2008, dispone:

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

De la lectura concatenada de las normas antes reproducidas, se evidencia claramente que la sociedad mercantil SIDERÚRGICA DEL ORINOCO (SIDOR), C.A, por disposición expresa de la Ley, es una empresa del Estado en la cual la República tiene una participación mayoritaria del sesenta por ciento (60%) de sus acciones; por tanto, al resultar la decisión apelada desfavorable a los intereses de la República, debe ser consultada por ante el Tribunal Superior competente, en el caso concreto, la Sala Político-Administrativa, por ser la alzada natural del Tribunal Superior Sexto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

4. Medidas Cautelares

4.1 El riesgo en la percepción de los conceptos tributarios adeudados, aun cuando no hayan sido determinados o no sean exigibles, es una circunstancia capaz para dictar medida cautelar conforme el art. 296 del COT

Sentencia N°: 01543
Fecha: 28-10-09
Caso: Municipio Cabimas del Estado Zulia vs Preussag Energie International GmbH, Sucursal Venezuela

Dispone el artículo 296 del vigente Código Orgánico Tributario, lo siguiente:

“Artículo 296: Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos por tributos, accesorios y multas, aun cuando se encuentren en proceso de determinación, o no sean exigibles por causa de plazo pendiente, la Administración Tributaria podrá pedir al Tribunal competente para conocer del Recurso Contencioso Tributario que decrete medidas cautelares suficientes, las cuales podrán ser:

- 1. Embargo preventivo de bienes muebles;*
- 2. Secuestro o retención de bienes muebles;*
- 3. Prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, y*

4. Cualquier otra medida, conforme a las previsiones contenidas en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil”.

Adicionalmente, los artículos 297 y 298 del mencionado Código Orgánico Tributario, prevén:

“Artículo 297: El Tribunal, con vista al documento en que conste la existencia del crédito o la presunción del mismo, decretará la medida o medidas graduadas en proporción del riesgo, cuantía y demás circunstancias del caso”.

“Artículo 298: El juez decretará la medida dentro de los dos (2) días de despacho siguientes, sin conocimiento del deudor. Estas medidas tendrán plena vigencia durante todo el tiempo que dure el riesgo en la percepción del crédito, y sin perjuicio que la Administración Tributaria solicite su sustitución o ampliación.

Asimismo, el juez podrá revocar la medida, a solicitud del deudor, en caso de que éste demuestre que han desaparecido las causas que sirvieron de base para decretar la medida”.

Las normas que anteceden describen el régimen de cautela judicial creado por ley en resguardo de los intereses fiscales, cuando concurran circunstancias capaces de poner en riesgo la percepción de los conceptos tributarios adeudados, aun cuando no hayan sido determinados o no sean exigibles por causa de plazo pendiente.

Como puede apreciarse, la ley define un amplio régimen de protección inspirado en la necesidad de garantizar el cobro de los efectos tributarios desde el momento mismo en que surjan elementos que hagan presumir su existencia.

De este modo, debe el mencionado mecanismo preventivo atender a los requisitos de procedencia previstos para el resto de las medidas de protección cautelar, como resultado de una interpretación sistemática del ordenamiento que regula al mencionado instituto, de acuerdo a lo que ha sido el criterio pacífico y reiterado de esta Sala Político-Administrativa en la materia fiscal.

En tal sentido, es preciso destacar que la emisión de cualquier medida cautelar está condicionada al cumplimiento concurrente de varios elementos, a saber, que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la medida cautelar, esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca fundadamente como probable y verosímil (*fumus boni iuris*); que exista riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la ame-

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

Estos elementos confieren al juez de la cautelar la posibilidad de analizar *in limine* la racionalidad de la solicitud de protección, al permitirle conocer los argumentos que sustentan la pretensión, para luego, verificar los elementos de riesgo (en el daño o en la mora), y así determinar la necesidad de conceder la protección requerida. Con ello el juez no prejuzga sobre la viabilidad de la causa principal, sino que hace una aproximación a la juridicidad de los conceptos reclamados.

Siendo éste el escenario general de las medidas cautelares, sus principios, características y procedimientos inciden en los regímenes especiales creados en otras leyes adjetivas, en todo y en cuanto sean compatibles con los procedimientos e intereses jurídicos tutelados. De ahí que pueda afirmarse que aun cuando la ley especial no reproduzca con exactitud los términos empleados en la redacción de las normas citadas, los extremos reseñados, cuando menos en materia contencioso tributaria, deben ser igualmente observados de manera concurrente, por quien tenga a cargo decidir respecto del mérito de las medidas preventivas que le fueren solicitadas.

A partir de lo anterior, y del análisis concatenado de las normas contenidas en los citados artículos 296 y 297 del vigente Código Orgánico Tributario, destaca que la presunción de buen derecho en lo que respecta a las medidas cautelares previstas a favor del ente tributario, está representada no por la mera existencia de un acto administrativo de naturaleza determinativa de la obligación tributaria, sino que se origina de la apariencia de acto que éste debe tener y su adecuación a los requisitos de validez extrínseca previstos en el artículo 191 del vigente Código Orgánico Tributario, conjuntamente con una apariencia de juridicidad, que deberá analizarse someramente al comprobar, por ejemplo, que existe un respaldo normativo en el acto, y que el acto no contraviene abierta y manifiestamente el marco jurídico que regula la materia.

De otra parte, en lo que respecta al riesgo en la percepción, elemento de preeminencia en el régimen cautelar descrito, es claro que la norma sugiere la existencia de un peligro en la mora del obligado, y este elemento es de mayor amplitud aun, por cuanto la *ratio* de esta institución se corresponde con la necesidad

primordial de resguardar los intereses del erario público. Por ello, sólo basta que concurren en la práctica circunstancias de hecho capaces de comprometer la satisfacción del crédito tributario aparentemente legítimo, para que proceda la protección cautelar solicitada, sin que sea necesario que el sujeto activo solicitante demuestre que esa incertidumbre en la percepción de los tributos, accesorios y multas, puede causarle un perjuicio irreparable en el ámbito jurídico de sus intereses (*Vid.* Sentencia N° 00294 de fecha 15 de febrero de 2007, S.P.A., caso: *CORPORACIÓN ROJAS MOTORS, C.A.*, ratificada en decisión N° 01065 del 20 de junio de 2007, S.P.A., caso: *Val-Petrol, C.A.*).

Tomando en cuenta lo anterior y de las actas que cursan insertas en el expediente judicial (folios 546 y 547), se observa que “*mediante comunicación N° CVP-04-323 de fecha 20 de julio de 2004, la Corporación Venezolana del Petróleo, S.A., notificó a los interesados la aprobación definitiva por parte de PDVSA para la transferencia a Suelopetrol, C.A., S.A.C.A., de los derechos de la participación de Preussag Energie International en el 90% en el Convenio Operativo Cabimas*”.

Asimismo, se observa del informe dirigido por la citada Corporación al tribunal *a quo*, con ocasión a las pruebas promovidas por la representación judicial del referido Municipio, que “*...en fecha 12 de agosto de 2004, fue celebrado un contrato de cesión entre la contribuyente y Suelopetrol, C.A., S.A.C.A., mediante el cual le fueron cedidos a esta última, en forma definitiva, los derechos de participación correspondiente al 90% del Convenio Operativo Cabimas celebrado el 29 de julio de 1997, fecha a partir de la cual Suelopetrol ha sido la operadora del mencionado Convenio...*”.

Por otra parte, se destaca de la comunicación dirigida por la contribuyente a la Administración Tributaria Municipal en fecha 10 de diciembre de 2004 (folio 516 del expediente judicial) la manifestación de voluntad de la empresa Preussag Energie International GMBH, sucursal Venezuela de que de deje sin efecto la licencia otorgada por el mencionado ente municipal, en razón del cese de sus funciones en el Municipio Cabimas del Estado Zulia.

Asimismo, se observa del precitado Convenio Operativo que si bien indica que “*...los hidrocarburos producidos dentro del área conforme al presente convenio, serán de la propiedad exclusiva de la filial y los derechos económicos que correspondan a los contratistas conforme al presente convenio se limitarán al derecho a recibir en efectivo el estipendio por **servicios** pagadero según se prevé en el convenio, además del reembolso directo de otras sumas*

de dinero en ciertas circunstancias específicas...”, lo cierto es que no desvirtúa la factibilidad de que los ingresos obtenidos por la contribuyente y que forman parte de la presente controversia no se deban a una actividad **comercial** o de **servicios**, que en definitiva constituye el hecho imponible del impuesto a las actividades económicas.

En efecto, lo que pone en evidencia el texto del mencionado Convenio Operativo es el carácter exclusivo de propiedad que detenta el Estado sobre los hidrocarburos; sin embargo, contrariamente a lo sostenido por la contribuyente, no deslinda el hecho de que los ingresos obtenidos por la empresa Preussag Energie International GMBH, sucursal Venezuela, no se correspondan con una actividad distinta a la que se prevé como hecho imponible del impuesto a las actividades económicas, más aún, cuando según se desprende del referido Convenio esos estipendios que recibe la prenombrada sociedad de comercio se deben a una actividad de servicio que presta a la industria petrolera nacional, consistente en la reactivación, rehabilitación, explotación producción y exploración de pozos, que igualmente forma parte de ese hecho imponible.

Actividades que, a su vez, fue lo que motivó al Municipio Cabimas del Estado Zulia a incluir dentro de la base imponible del impuesto a las actividades económicas, los ingresos obtenidos por esas operaciones, tal y como lo reflejó el Municipio Cabimas del Estado Zulia en el Acta de Reparación N° DHM-020-2004.

En este contexto, la Sala constata la existencia de riesgo en la percepción de los conceptos tributarios determinados a cargo de la contribuyente Preussag Energie International GMBH, sucursal Venezuela, que constituye uno de los requisitos (*periculum in mora*) para la procedencia de la medida cautelar solicitada y acordada por el tribunal de instancia. Así se decide.

Asimismo, respecto a la presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*), la Sala destaca la existencia de este elemento en el presente caso, derivado de la adecuación del Acta de Reparación N° DHM-020-2004 del 23 de julio de 2004, a través de la cual se desprende el derecho invocado por el Fisco Municipal, a los requisitos de validez extrínseca consagrados en el artículo 191 del vigente Código Orgánico Tributario y, a su vez, de la apariencia de juridicidad que detentan dichos actos administrativos, demostrándose así la concurrencia tanto del *periculum in mora* como del *fumus boni iuris* en la causa bajo estudio, que tal y como se sostuvo precedentemente, resultan indispensables para la procedencia de la medida sujeta al presente análisis. Así se declara.

Con fuerza en lo anteriormente expuesto y tomando en cuenta que el análisis para la procedencia de las medidas cautelares está sujeto a un estudio probabilístico sobre las circunstancias relacionadas con ellas, esta Sala observa que en el presente caso están dados los requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, tal como lo sostuvo el tribunal de instancia.

4.2 Las medidas cautelares no pierden vigencia por el solo hecho de dictarse sentencia en el juicio principal, sino que se requiere que la misma haya quedado firme

Sentencia N°: 00959
Fecha: 01-07-09
Caso: Diageo Venezuela, C.A. vs Municipio Chacao del Estado Miranda

En fecha 21 de mayo de 2009, el apoderado judicial de la sociedad mercantil Diageo Venezuela, C.A., solicitó a esta Sala la “*devolución de la fianza otorgada por el Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal*”, en razón de que el 13 de abril de 2009, el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas decidió el recurso contencioso tributario interpuesto contra la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo N° L/015.02/2007 de fecha 12 de febrero de 2007, declarándolo con lugar y por vía de consecuencia, anuló el referido acto administrativo.

...*omissis*...

En este sentido, se observa que la caución exigida devino como consecuencia de haberse declarado procedente la medida preventiva de suspensión de los efectos de la citada Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo distinguida con el N° L/015.02/2007 del 12 de febrero de 2007, en razón de la existencia del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, garantizando así los resultados del juicio.

Sobre el particular, esta Sala en sentencia N° 02485 de fecha 9 de noviembre de 2006, caso: *Cámara Nacional de Talleres Mecánicos (CANATAME)*, estableció lo siguiente:

“...*De acuerdo a lo expuesto, si el ánimo de la norma es garantizar los resultados del juicio, no existe argumento suficiente para sostener que las medidas cautelares pierden vigencia por el solo hecho de*

dictarse sentencia definitiva sobre el juicio principal, sino que se requiere demostrar que el aludido pronunciamiento quedó firme, bien sea en razón de una decisión en última instancia, o ante la falta de impugnación del referido pronunciamiento, a través del ejercicio de los medios recursivos previstos en la Ley.

Ante tal afirmación, observa esta Sala que la representación judicial de la sociedad mercantil Multinacional de Seguros, C.A., a los fines de sostener el decaimiento del objeto en la presente acción de amparo constitucional, por haber declarado con lugar el Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas el recurso contencioso tributario interpuesto, a través de la sentencia N° 104/2004 del 27 de septiembre de 2004, debía apoyarse en cualquiera de los medios probatorios válidos para demostrar que la referida decisión había adquirido firmeza en los términos descritos anteriormente...”.

Así, en consideración a que las medidas cautelares no pierden vigencia por el solo hecho de dictarse sentencia definitiva sobre el juicio principal, sino que se requiere demostrar que el aludido pronunciamiento quedó firme, bien sea en razón de una decisión en última instancia, o ante la falta de impugnación del referido pronunciamiento, a través del ejercicio de los medios recursivos previstos en la Ley, mal podría entonces “devolverse” la caución consignada por la contribuyente Diageo Venezuela, C.A., precisamente porque dicha garantía tuvo lugar con ocasión a la declaratoria de procedencia de la medida preventiva acordada. Así se decide.

En este orden de ideas, al no evidenciarse en autos la firmeza del pronunciamiento dictado por el Tribunal Superior Segundo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 13 de abril de 2009, que declaró “*inválida y sin efecto legal alguno*” la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo N° L/015.02/2007 del 12 de febrero de 2007, esta Alzada desestima la solicitud de “*devolución de la fianza otorgada por el Banco de Venezuela, S.A., Banco Universal*”, efectuada por el apoderado judicial de la sociedad mercantil Diageo Venezuela, C.A., razón por la cual se mantiene la referida garantía. Así se decide.

4.3 Los instrumentos requeridos al licenciado en materia contable para fines judiciales o administrativos deben ir acompañados de su opinión o dictamen

Sentencia N°: 00940
Fecha: 25-06-09
Caso: Promociones 4133, C.A. vs Fisco Nacional

En atención a los razonamientos precedentes, la Sala estima necesario analizar si la decisión del Tribunal de instancia estuvo ajustada a derecho al determinar la improcedencia de la suspensión de efectos solicitada por la contribuyente, y en tal sentido, se observa lo siguiente:

Respecto del *periculum in damni*, advierte esta Alzada que dicho requisito fue fundamentado por la apoderada judicial de la contribuyente en la circunstancia conforme a la cual está sufriendo un grave perjuicio patrimonial, “*así como un estado de quiebra para la recurrente, por cuanto [su] representada no tiene la capacidad económica para pagar primero y reclamar después*”. Aunado a que el “*monto de la sanción afecta de forma grave su gestión (sic) estabilidad económica y su subsistencia dentro de la actividad comercial; debemos tener presente que la actividad comercial de nuestra representada, no solamente satisface las necesidades de la comunidad donde se encuentra asentada sino igualmente es una fuente de empleo para dicho sector, y la presente medida disminuye la capacidad de permanecer dentro de su actividad*”.

De este modo, se observa que el argumento esgrimido por la contribuyente recurrente para sostener su petición de suspensión de efectos, consiste en el grave daño patrimonial que le ocasionaría el pagar el monto de la multa impuesta, lo cual afectaría considerablemente la actividad económica que constituye su objeto social y en consecuencia, la fuente de empleo que representa para el sector en el que desarrolla su actividad comercial.

Ahora bien, revisadas exhaustivamente cómo fueron las actas que componen las copias certificadas del expediente judicial, observa esta Sala que adjuntas al escrito de alegatos la apoderada judicial de la sociedad mercantil contribuyente, consignó copias de los estados financieros al 31 de enero de los años 2007, 2008 y 2009 (balance general y estado de resultados por cada año terminado), así como copias de las declaraciones de impuesto sobre la renta de los referidos años fiscales. (Folios 116 al 132 del expediente).

No obstante, del informe de preparación del contador público Miguel Ángel Núñez, C.P.C. 90.811, de fecha 25 de marzo de 2009 (folio 116), se desprende que el prenombrado profesional declara que su “*compromiso de preparación se limita a presentar en forma de estados financieros información obtenida de los registros de contabilidad de PROMOCIONES 4133 C.A., sin la aplicación de los procedimientos de comprobación ni de evaluación*”, y en tal sentido agrega que “*no he auditado ni revisado limitadamente los estados financieros del (sic) PROMOCIONES 4133 C.A. que se acompañan y en consecuencia, no emito opinión alguna sobre los mismos*”.

Al respecto, resulta necesario citar lo dispuesto en el literal a) del artículo 7 de la Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.273 de fecha 5 de diciembre de 1973, en cuya norma se establece:

“Artículo 7. Los servicios profesionales del Contador Público serán requeridos en todos los casos en que las leyes lo exijan y muy especialmente en los siguientes:

a) Para auditar o examinar libros o registros de contabilidad, documentos conexos y estados financieros de empresas legalmente establecidas en el país, así como el dictamen sobre los mismos cuando dichos documentos sirvan a fines judiciales o administrativos. Asimismo será necesaria la intervención de un contador público cuando los mismos documentos sean requeridos a dichas empresas por instituciones financieras, bancarias o crediticias, en el cumplimiento de su objeto social; (...)”. (Destacado de la Sala).

Por su parte el Reglamento de la Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.617 del 6 de febrero de 1975, en sus artículos 8 y 13, prevé lo siguiente:

“Artículo 8. Los servicios profesionales del Contador Público serán requeridos para cualquiera de las actividades siguientes:

1. Para el examen de estados financieros de empresas y la opinión sobre los mismos, cuando el informe del contador Público o el correspondiente balance sean utilizados para fines judiciales o administrativos o para ser presentados a instituciones financieras, bancarias, crediticias o a terceros en general; (...)”.

“Artículo 13. A los efectos de lo establecido en el literal a) del artículo 7 de la Ley, se establecen las siguientes definiciones:

1. Son documentos conexos: los comprobantes de contabilidad y toda la documentación inherente al sistema contable de las empresas.

2. Son fines administrativos los relativos a los procedimientos contencioso-administrativos y los relativos a la administración de empresas y todos aquellos en que intervenga la Administración Pública o interesen a la misma.

3. Los documentos que en el cumplimiento de su objeto social, son requeridos a las empresas por instituciones bancarias o crediticias, son los balances a que se refiere la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito". (Resaltado de la Sala).

Del análisis concatenado de las normas antes referidas se desprende que cuando los balances, estados financieros u otros documentos tales como libros, registros y todos aquellos instrumentos inherentes al sistema contable de la empresa cuyo examen, preparación, certificación o auditoría son requeridos al licenciado en materia contable para fines judiciales o administrativos (procedimiento contencioso administrativo o tributario), deben ir acompañados de su opinión o dictamen acerca de los mismos.

Circunscribiendo el análisis al presente caso, se observa que los estados financieros presentados ante esta Máxima Instancia por la sociedad mercantil Promociones 4133, C.A. no fueron auditados, evaluados, ni comprobados por el profesional contable y, en consecuencia, no existe certeza sobre la información contenida en los balances consignados, para que esta Sala pudiera determinar y estimar el supuesto riesgo que le generaría a dicha empresa el pago de la multa impuesta.

En efecto, al no haber realizado el contador público un examen de la situación financiera de la empresa, a los fines de su valoración en el juicio, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 7 de la Ley del Ejercicio de la Contaduría Pública y numeral 1 del artículo 8 de su Reglamento, estima esta Sala que en el presente caso no se deduce el peligro inminente de daño grave que pudiera sufrir la contribuyente.

5. Recurso Contencioso Tributario

5.1 Abocamiento del juez. Improcedencia de su notificación cuando las partes están a derecho

Sentencia N°: 00352
Fecha: 18-03-09
Caso: Automotriz Maber, C.A. vs Municipio Chacao del Estado Miranda

...pasa la Sala a resolver la denuncia atinente a la violación del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes intervinientes en el juicio, al abocarse la Jueza Martha Zulay Aquino Gómez al conocimiento de la causa, ordenar las notificaciones respectivas y en la misma fecha admitir el recurso contencioso tributario.

Al respecto conviene citar las disposiciones normativas que en materia tributaria regulan cuándo las partes se encuentran a derecho; en tal sentido los artículos 259, Parágrafo Primero, 262 y 264 del vigente Código Orgánico Tributario, establecen lo siguiente:

“Artículo 259: (...)

Parágrafo Primero: *El recurso contencioso tributario podrá también ejercerse subsidiariamente al recurso jerárquico en el mismo escrito, en caso de que hubiese expresa denegación total o parcial, o denegación tácita de éste”.*

“Artículo 262: *El recurso podrá interponerse directamente ante el Tribunal competente, o por ante un juez con competencia territorial en el domicilio fiscal del recurrente. Asimismo, podrá interponerse ante la oficina de la Administración Tributaria de la cual emanó el acto.*

Cuando el recurso no hubiere sido interpuesto ante el Tribunal competente el juez o funcionario receptor deberá remitirlo al Tribunal competente dentro de los cinco (5) días siguientes. El recurrente podrá solicitar del Tribunal competente que reclame al juez o funcionario receptor el envío del recurso interpuesto”.

“Artículo 264: *Se entenderá que el recurrente está a derecho desde el momento en que interpuso el recurso. En los casos de interposición subsidiaria de éste, o en la forma prevista en el aparte único del artículo 262 de este Código, el Tribunal de oficio deberá notificar al recurrente en su domicilio o en el lugar donde ejerce su industria o comercio. En caso que no haya sido posible la notificación del recurrente, el Tribunal dejará constancia de ello en el expediente, y fijará un cartel en la puerta del Tribunal, dándose un término de diez (10) días de despacho, vencidos los cuales se entenderá que el recurrente está a derecho.*

Parágrafo Único: *Cuando el recurso contencioso tributario no haya sido interpuesto en la forma prevista en el parágrafo primero del artículo 259 de este Código, el Tribunal deberá notificar mediante oficio a la Administración Tributaria, con indicación del nombre del recurrente, el acto o los actos cuya nulidad sea solicitada, órgano del cual emana, y la materia de que se trate; y solicitará el respectivo expediente administrativo”.* (Destacado de la Sala).

De manera que no es sino hasta que conste en autos la notificación de las partes, el momento a partir del cual debe entenderse que éstas se encuentran a derecho.

Ahora bien, de las actas insertas en el expediente judicial se evidencia que para la fecha en que la Jueza se abocó al conocimiento del caso (18 de noviembre de 2005, ya constaban en autos todas las notificaciones, excepto la del Contralor Municipal, que como ya se indicó no es requisito exigido por el legislador para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes intervinientes en el juicio instaurado con la interposición del recurso contencioso tributario.

A partir del anterior señalamiento, es preciso advertir que en la oportunidad del abocamiento no era necesario, en principio, practicar nuevamente la noti-

ficación a las partes, pues éstas se encontraban a derecho, aunado a que el apelante no alegó que la Jueza Martha Zulay Aquino Gómez, se encontrara incurso en alguna de las causales de recusación previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y que por tal motivo, manifestara que tenía la intención de recusarla.

En armonía con lo antes indicado, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante sentencia N° 107 de fecha 31 de enero de 2007, caso: *Teresa Urquiola Martínez*, estableció lo siguiente:

...omissis...

Conforme al criterio que antecede y en atención al mandato constitucional contemplado en el artículo 26 de la Carta Magna que prohíbe las reposiciones inútiles considera esta Alzada que en el presente caso las partes estuvieron a derecho y contaron con las garantías suficientes para la efectiva y debida protección de sus derechos e intereses durante la tramitación del recurso contencioso tributario, por lo que no se produjo la violación aducida. Así se declara.

5.2 Base fija o establecimiento permanente como factor de conexión para determinar el tribunal competente en obligaciones tributarias municipales

Sentencia N°: 01494
Fecha: 21-10-09
Caso: Citibank, N.A., Sucursal Venezuela vs Municipio Valencia del Estado Carabobo

Corresponde analizar la solicitud de regulación de competencia para conocer del recurso contencioso tributario interpuesto por la representación judicial de la contribuyente Citibank, N.A., Sucursal Venezuela, contra la Resolución N° RL/2008-10-510 del 29 de octubre de 2008, dictada por el Director de Hacienda Pública Municipal de la Alcaldía del Municipio Valencia del Estado Carabobo.

Ahora bien, se impone a la Sala como Máxima Instancia de la jurisdicción contencioso-tributaria, precisar los factores de enlace de las reclamaciones judiciales que surjan entre los sujetos de la obligación tributaria, con las potestades jurisdiccionales de los Tribunales Superiores que la integran, vale decir, con las diversas regiones judiciales creadas en la materia, a cuyo efecto observa:

El artículo 262 del Código Orgánico Tributario vigente dispone:

*“Artículo 262: El recurso podrá interponerse directamente ante el tribunal competente, o por ante un juez con **competencia territorial en el domicilio fiscal del recurrente**. Asimismo, podrá interponerse ante la oficina de la Administración Tributaria de la cual emanó el acto...”*. (Resaltado de la Sala).

La citada norma, pone de manifiesto que el legislador tributario en desarrollo de los principios de libre acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, consideró de suprema importancia el domicilio fiscal del recurrente como aquel elemento que permite con mayor eficacia, regionalizar la justicia y acercarla a los administrados. En razón de lo anterior, en aquellos supuestos en los cuales la competencia territorial para la interposición del recurso contencioso presente dudas, será la noción de domicilio fiscal del recurrente la que determinará el Tribunal Superior Regional competente para conocer la reclamación judicial respectiva.

Sobre el referido particular, esta Sala se ha pronunciado mediante sentencia N° 01494 del 15 de septiembre 2004, Caso: *Papelería y Librería Tauro, C.A.*, ratificando su criterio en forma pacífica, entre otras, en las decisiones Nros. 02358 del 28 de abril de 2005, Caso: *Embotelladora Terepaima, C.A.*, 02587 del 5 de mayo de 2005, Caso: *Aplicaciones de Sistemas Técnicos, C.A. (ASISTECA)*, 03959 del 9 de junio de 2005, Caso: *Horizontes de Vías y Señales, C.A.*, 00771 del 22 de marzo de 2006, Caso: *Pesqueros Venezolanos, C.A. (PEVENCA)*, y 00867 del 10 de junio de 2009, Caso: *C.A. Central, Banco Universal*, en los términos siguientes:

...omissis...

Asimismo, esta Sala ha señalado que cuando un contribuyente posea, aparte de su sede principal, una base fija o establecimiento permanente, el tribunal competente para conocer y decidir los conflictos suscitados se puede determinar atendiendo al *“lugar donde se encuentre situada la base fija o establecimiento permanente [pues] en materia municipal, [es] lo que se toma en cuenta a los efectos de establecer el factor de conexión que vincula al sujeto pasivo con el sujeto activo de la relación jurídico-tributaria que nace entre ellos producto del acaecimiento del hecho imponible”* (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1507 del 14 de agosto de 2007, caso: *Publicidad Vepaco, C.A.*).

En este orden de ideas, del examen del Código Orgánico Tributario vigente, se constata que existe un vacío legal en lo atinente al ámbito de competencias

territoriales de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, teniendo en cuenta la creación de los Tribunales regionales, ordenada en el artículo 333 del mencionado instrumento normativo. En efecto, la norma antes referida establece lo siguiente:

“Artículo 333: Dentro de los seis (6) meses siguientes a la publicación de este Código en la Gaceta Oficial, deberán crearse o ponerse en funcionamiento Tribunales Contenciosos Tributarios en diferentes ciudades del país, con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva de las partes y el adecuado desenvolvimiento de los procedimientos judiciales (...)”.

Por otro lado, es necesario advertir que en fecha 21 de enero de 2003, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia dictó la Resolución N° 2003-0001, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.622, del 31 de enero de 2003, mediante la cual resolvió crear seis (6) Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario con sedes en diferentes ciudades del interior de la República.

Posteriormente, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con el fin de materializar lo dispuesto en el instrumento antes identificado, el 25 de agosto de 2003 dictó la Resolución N° 1.457, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.766, de fecha 2 de septiembre de 2003, en la cual se dispuso que el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central con sede en la ciudad de Valencia y competencia territorial en las Circunscripciones Judiciales de los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes, estará ubicado en el Palacio de Justicia del Estado Carabobo con sede en la ciudad de Valencia, localizado en “P-2, Ave. Aránzazu entre calle Silva y Cantaura” y, del mismo modo, se estableció que las causas nuevas serían recibidas por el mencionado Órgano Jurisdiccional, según su competencia por el territorio, aun cuando los Tribunales Contencioso Tributarios de la Región Capital seguirían conociendo de las causas pendientes hasta su culminación.

Del análisis de la referida Resolución N° 1.457, se constata el criterio atributivo de competencia a favor del Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, para conocer las causas nuevas incoadas en su correspondiente Circunscripción Judicial, que comprende los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes.

En tal sentido, se observa que la Resolución N° 2003-0001, de fecha 21 de enero de 2003, antes identificada, mediante la cual se crearon los seis (6) Tribunales Superiores Contencioso Tributarios Regionales, dispone en el artículo 1°, literal e) que el **Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región**

Central tendrá su sede “*en Valencia, con competencia en los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes*”.

Dicho instrumento normativo, establece en su artículo 2 que los nueve (9) Tribunales que comprenden la Región Capital con sede en Caracas, conservarán la competencia para conocer de las causas de los “*Estados Miranda, Vargas, Guárico, Apure y Distrito Urdaneta del Estado Guárico*”.

Delimitado lo anterior, y a fin de determinar el domicilio fiscal de la contribuyente, del análisis exhaustivo de las copias certificadas del expediente, esta Máxima Instancia observa que al folio 148, se encuentra inserta copia del Registro de Información Fiscal (RIF) N° J-00052662-1 de la sociedad mercantil CITIBANK, N.A. expedido el 11 de julio de 2008 por el Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), documento en el cual se deja constancia de la dirección de dicha empresa, ubicada en “*AV. CASANOVA CC EL RECREO NIVEL 16 OF. CITIBANK URB. SABANA GRANDE*”, Zona Postal 1050, en la ciudad de Caracas.

Igualmente, al folio 57 del Expediente, se evidencia copia de la Resolución impugnada, identificada con las letras y números RL/2008-10-510 del 29 de octubre de 2008, en la que la Administración Tributaria Municipal señala como domicilio de la contribuyente Citibank, N.A., “*la ciudad de Caracas, Distrito Capital de la República Bolivariana de Venezuela, su oficina principal esta (sic) en la ciudad de New Cork (sic) U.S.A., pero podrá establecer Sucursales, Agencias y oficinas de Representación en cualquier parte de Venezuela o del Exterior*”.

No obstante lo anterior, se encuentra inserta al folio 124 del expediente copia del Acta Fiscal N° AF/2008-331 levantada el 13 de febrero de 2008, en la que se reseña la actuación fiscal llevada a cabo en la sede de la empresa “*CITIBANK, N.A., (Licencia 412), ubicada en la Avenida Uslar, Centro Empresarial la Vina Plaza Parroquia San José, Valencia Estado Carabobo*” (Sic).

Asimismo, del sello húmedo estampado al extremo inferior de la notificación del acto administrativo recurrido (folio 56) se lee “*D’Abreu Yeanette, Operaciones Valencia, Citibank N.A., Sucursal Venezuela*”.

Igualmente, del texto de la Resolución impugnada también se verifica que la contribuyente inició actividades en el Municipio Valencia del Estado Carabobo desde el “*01-08-1952*”, bajo la Licencia de Industria y Comercio N° 412, “*otorgada el 15-07-1952 para ejercer su actividad económica de Agencia de Bancos*”.

Adicionalmente, es preciso destacar que los apoderados judiciales de la contribuyente, en su escrito recursivo (folio 2) admiten la existencia de una sede comercial de su representada, ubicada en el Municipio Valencia del Estado Carabobo.

Ahora bien, de acuerdo a las consideraciones expresadas y del examen de las actas del expediente, coincide esta Sala con lo decidido por el Tribunal *a quo* al declararse incompetente por el territorio, ya que si bien la contribuyente tiene una sede en la ciudad de Caracas, posee también una sucursal o dirección permanente de negocios en el Municipio Valencia del Estado Carabobo, que conforme a la jurisprudencia citada, es el lugar en donde se encuentre esa base fija lo que debe tomarse en cuenta a los efectos de establecer el factor de conexión entre el sujeto pasivo (Citibank, N.A., Sucursal Venezuela) y el sujeto activo (Municipio Valencia del Estado Carabobo) de la relación jurídico-tributaria, determinando así el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir los conflictos suscitados entre ellos.

Con fundamento en lo antes expuesto, concluye la Sala que el conocimiento del recurso contencioso tributario interpuesto por la sociedad mercantil Citibank, N.A. Sucursal Venezuela, contra la Resolución N° RL/2008-10-510 del 29 de octubre de 2008, dictada por el Director de Hacienda Pública Municipal de la Alcaldía del Municipio Valencia del Estado Carabobo corresponde al Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, con sede en la ciudad de Valencia, Estado Carabobo, con competencia en los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes. Así se decide.

5.3 El acta de visita del INCE es un acto de trámite, por lo tanto, no es recurrible

Sentencia N°: 00841
Fecha: 10-06-09
Caso: Siderúrgica del Orinoco (SIDOR), C.A. vs Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE)

...se observa de las actas, específicamente a los folios 43 y 44 del expediente, el *Acta de Visita* impugnada, de fecha 21 de junio de 1999 correspondiente al primer trimestre del año 1999, cuyo texto se transcribe a continuación:

...*omissis*...

Del acto administrativo arriba reproducido (Acta de Visita) se puede apreciar que el INCES dejó constancia de la revisión de los expedientes de los cursos de capacitación impartidos por la empresa SIDOR a su personal, en la que se negaron cuatro (04) y se aprobaron cincuenta y dos (52), con fundamento en que los expedientes rechazados carecían de control de asistencia y no se encontró registro de la entidad didáctica ante el entonces INCE, demostrándose con la revisión una diferencia de aporte de Bs. 121.658.197,80, correspondientes al primer trimestre de 1999, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE) y el Reglamento de Calificación de Planes de Formación Profesional para las Deducciones, y que a la fecha de levantarse el *Acta de Visita* impugnada, SIDOR no había presentado la *Solvencia INCE* del programa Deducciones para optar a la carta de aprobación del Plan de Formación Profesional.

Con vista en el contenido del Acta de Visita impugnada en el presente caso por la empresa SIDERÚRGICA DEL ORINOCO (SIDOR), C.A., el Tribunal Superior Sexto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, consideró que dicha acta da inicio al procedimiento para la formación de la voluntad definitiva del ente parafiscal y que por tanto, es un acto de mero trámite e irrecurrible.

Sobre la imposibilidad de recurrir del Acta Fiscal, esta Sala en sentencia N° 01683 del 29 de octubre de 2003, caso: *Repsol YPF Venezuela, S.A.*, ha señalado lo siguiente:

...*omissis*...

Por otra parte, esta Alzada en Sentencia N° 05149 de fecha 21 de julio de 2005, caso: *Complejo Siderúrgico de Guayana, C.A., (COMSIGUA)*, se ha pronunciado respecto a la irrecurribilidad del Acta de Requerimiento, en los términos que de seguidas se transcriben:

...*omissis*...

En atención a lo anteriormente enunciado, vale destacar que tanto el “*procedimiento de verificación*”, como el “*procedimiento de fiscalización y determinación*” previstos en los artículos 172 y siguientes de las secciones quinta y sexta, Capítulo III “*De los Procedimientos*”, del Código Orgánico Tributario vigente, constan de fases tendientes a declarar la existencia y cuantía de la obligación tributaria o su inexistencia, en los cuales el ente exactor dicta actos

preparatorios o instrumentales, para comprobar la veracidad de la declaración presentada por el contribuyente. Ambos procedimientos culminan con una Resolución (*Vid.* artículos 175 y 191 del Código Orgánico Tributario de 2001), en las que se ordena la liquidación del tributo correspondiente y se intima al pago de la obligación determinada.

Así, circunscribiendo el análisis al presente caso se observa que el *Acta de Visita* impugnada se corresponde con los actos instrumentales a que se hizo referencia, en la cual se deja constancia de las resultas de la revisión a los expedientes relativos a los cursos dictados por la empresa contribuyente con el objeto de capacitar a sus empleados, razón por la que dicho acto es irrecurrible, tal como lo declaró el *a quo*".

5.4 Expediente administrativo tributario. Las actas poseen valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate

Sentencia N°: 00878
Fecha: 17-06-09
Caso: Metanol de Oriente, Metor, S.A. vs Fisco Nacional

...esta Sala observa que en fecha 14 de enero de 2001, los apoderados judiciales de la contribuyente presentaron escrito de promoción de pruebas, para la exhibición del expediente administrativo, en los términos que se transcriben a continuación:

...*omissis*...

Del texto arriba citado, se aprecia que la parte promovente no precisó el objeto de la prueba, en virtud de que el expediente administrativo está conformado por un conjunto de actuaciones previas debidamente documentadas, dirigidas a formar la voluntad administrativa y no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como una unidad íntegra, con las actas que lo conforman individualmente consideradas, puesto que dichas actas poseen su valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate. (*Vid.* sentencia de esta Sala N° 01257 de fecha 12 de julio de 2007, caso: *ECHO CHEMICAL 2000 C.A.*).

De manera, que tal como lo declaró el *a quo* la contribuyente incumplió con el requisito previsto por el legislador en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, en primer lugar al no consignar copia del documento y en segundo término, al no señalar los datos acerca del contenido del instrumento cuya exhibición pretendía. De ahí que no pueda darse la consecuencia jurídica según la cual deben tenerse “*como ciertos los datos afirmados por la solicitante*”.

En efecto, en el escrito de promoción de pruebas no se indicó de manera concreta el objeto de la prueba de exhibición y no se precisó el contenido de los instrumentos que reposaban en el expediente administrativo que demostrasen el crédito fiscal que pretendía recuperar la contribuyente. Asimismo, en los hechos alegados en el escrito del recurso contencioso tributario, tampoco se hizo mención alguna al contenido de documentos que desvirtuara la actuación de la Administración Tributaria.

En tal sentido, debe esta Máxima Instancia destacar la presunción de legalidad y veracidad que reviste a los actos administrativos, en virtud de la cual la jurisprudencia en forma pacífica y reiterada ha sostenido que las actas fiscales gozan de dicha presunción especialmente respecto de los hechos plasmados en ellas, de allí que corresponda al interesado (contribuyente) producir la prueba de la inexistencia, falsedad o inexactitud de los mismos.

Por las razones precedentemente expuestas considera esta Sala que el Tribunal de la causa no incurrió en el vicio de errónea interpretación del artículo 436 del Código de Procedimiento Civil y por tanto, desestima el argumento esgrimido al respecto por la representación judicial de la sociedad mercantil Metanol de Oriente, Metor, S.A.

Ahora bien, en cuanto al alegato expuesto por la empresa apelante consistente en que la falta de consignación del expediente administrativo se deriva en un pronunciamiento favorable al recurrente, debiendo declarar el Juez como ciertas las objeciones proferidas contra el acto administrativo impugnado, observa que conforme a lo sostenido por esta Sala en sentencia N° 01257 de fecha 12 de julio de 200, recaída en el caso: *ECHO CHEMICAL 2000 C.A.*, la falta del expediente administrativo no es un impedimento para que el juzgador pueda decidir “*puesto que éste constituye la prueba natural –mas no la única– dentro del proceso contencioso administrativo de anulación, por lo que la no remisión del expediente administrativo acarrea una presunción favorable sobre la procedencia de la pretensión de la parte accionante*”, que deberá complementarse con base en la documentación acreditada en autos por la parte actora, lo cual no ocurrió en el presente caso.

5.5 Improcedencia de la notificación del Contralor Municipal en los juicios contencioso tributarios

Sentencia N°: 00352
Fecha: 18-03-09
Caso: Automotriz Maber, C.A. vs Municipio Chacao del Estado Miranda

Ahora bien, con base en los elementos cursantes en el expediente y a objeto de revisar si hubo vicios en el proceso, al no practicarse la notificación al Contralor Municipal sino al Contralor General de la República, esta Sala considera necesario transcribir el artículo 103 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable *ratione temporis* a la presente causa, cuyo texto dispone:

“Artículo 103.- Los funcionarios judiciales están obligados a **notificar al Síndico Procurador** de toda demanda, oposición, excepción, providencia, sentencia o solicitud de cualquier naturaleza que, directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales del Municipio o del Distrito Metropolitano.

Dichas notificaciones se harán por oficio y deberán ser acompañadas de copia certificada de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto. El Síndico Procurador deberá contestarlas en un término de cuarenta y cinco (45) días continuos, vencido el cual se tendrá por notificado.

(...)

La falta de notificación será causal de reposición a instancia del Síndico Procurador”. (Destacado de la Sala).

La norma precedentemente transcrita consagra la obligación de los funcionarios judiciales de notificar al Síndico Procurador Municipal de toda demanda, recurso o solicitud de cualquier naturaleza que pueda afectar directa o indirectamente al Municipio. Notificación ésta que también deberá efectuarse en los juicios en que el Municipio de que se trate sea parte.

Al respecto, cabe destacar que esta Sala ha establecido en casos similares al de autos, concretamente en su fallo N° 04567 del 29 de junio de 2005, caso: *Inmobiliaria 96, C.A.*, posteriormente ratificado por decisión N° 06260 de fecha 16 de noviembre de 2005, caso: *Wonke Occidente, C.A.*, que en dicha disposición legal (artículo 103 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal)

se evidencia la intención del legislador, de proteger el interés general que en este caso le corresponde al Municipio tutelar, garantizando su actuación en los procesos que involucren a su patrimonio.

Es por ello que el deber de notificar al Síndico Procurador Municipal es una formalidad esencial en el juicio y constituye la expresión de las prerrogativas procesales del Municipio, al igual que las de la República, que no sólo se circunscribe a los intereses patrimoniales directos de éste, sino que se hace extensiva a los entes descentralizados funcionalmente.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la 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, se impone además de la notificación al Síndico Procurador, la del Alcalde del Municipio que se trate, en los términos previstos en el artículo 152 de su más reciente reforma parcial (publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.806 del 10 de abril de 2006), el cual es del tenor siguiente:

“Artículo 152.- Los funcionarios judiciales están obligados a citar al síndico procurador o síndica procuradora municipal en caso de demandas contra el Municipio, o a la correspondiente entidad municipal, así como a notificar al alcalde o alcaldesa de toda demanda o solicitud de cualquier naturaleza que directa o indirectamente, obre contra los intereses patrimoniales del Municipio o la correspondiente entidad municipal.

*Dicha citación se hará por oficio y se acompañará de copias certificadas de la demanda y todos sus anexos. Mientras no conste en el expediente la citación realizada con las formalidades aquí exigidas, no se considerará practicada. **La falta de citación o la citación practicada sin las formalidades aquí previstas, será causal de anulación y, en consecuencia, se repondrá la causa.** Una vez practicada la citación, el síndico procurador o síndica procuradora municipal tendrá un término de cuarenta y cinco días continuos para dar contestación a la demanda.*

Los funcionarios judiciales están obligados a notificar al síndico procurador o síndica procuradora municipal de toda sentencia definitiva o interlocutoria”. (Destacado de la Sala).

Sin embargo, no prevén ninguna de las leyes reseñadas el deber de notificar al Contralor Municipal de cualquier recurso o demanda que se interponga contra el Municipio, razón por la cual considera la Sala satisfechos los presupuestos legales al haberse practicado la notificación al Síndico Procurador Municipal y

al Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda, por una parte y a la contribuyente por la otra. Así se declara.

5.6 Improcedencia de la notificación a las partes por una sentencia (de admisión) cuando es dictada dentro del lapso de diferimiento

Sentencia N°: 00964
Fecha: 01-07-09
Caso: PANDOCK, C.A. (Recurso de hecho)

Con relación a dicho particular señala la recurrente de hecho que el Tribunal de la causa debió dictar su decisión el 24 de noviembre de 2008 y que en el acto de diferimiento no expuso la causa grave que motivara tal prórroga, como lo exige el artículo 277 del Código Orgánico Tributario y por tanto, considera que la sentencia apelada (N° PJ0082008000215 de fecha 25 de noviembre de 2008) fue dictada fuera del lapso legal y en consecuencia, debía notificarse a las partes.

En razón de no haberse notificado el fallo apelado, alega la apoderada accionante que el recurso de apelación fue ejercido tempestivamente.

Asimismo, sostiene que el sentenciador de instancia al negar la apelación “*se limita única y exclusivamente en señalar que la misma es extemporánea, sin fundamentación alguna, además de obviar el cómputo que diese lugar a la misma*”.

Frente a tales argumentos, es necesario destacar que el artículo 277 del Código Orgánico Tributario de 2001, norma cuya transgresión es invocada por la recurrente, dispone lo que de seguidas se transcribe:

“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 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 (30) días continuos.

Parágrafo Primero: En caso que el tribunal dicte la sentencia dentro de 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 comenzará a correr una vez que conste en autos la última de las notificaciones". (Destacado de la Sala).

La transcripción que antecede, condiciona el ejercicio del recurso de apelación contra sentencias "*dictadas fuera del lapso*" de sesenta (60) días o de su diferimiento (máximo de 30 días), al hecho de que las partes hayan sido notificadas de su contenido, al punto de que el plazo para su interposición "*...empezará a correr una vez que conste en autos la última de las notificaciones...*", abstracción hecha de aquellas decisiones proferidas dentro del lapso correspondiente, pues en este último caso no deviene necesariamente la obligación de efectuar su notificación.

Sin embargo, a los fines debatidos la norma reseñada no resulta aplicable, pues la misma está referida a las sentencias definitivas y en el caso bajo examen la decisión cuya apelación fue negada, constituye el pronunciamiento atinente a la admisión o no del recurso contencioso tributario, razón por la cual el precepto aplicable al supuesto planteado es el contenido en el artículo 267 del Código Orgánico Tributario, el cual prevé lo siguiente:

Artículo 267. Al quinto día de despacho siguiente a que conste en autos la última de las notificaciones de ley, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso. Dentro de este mismo plazo, la representación fiscal podrá formular oposición a la admisión del recurso interpuesto.

En este último caso, se abrirá una articulación probatoria que no podrá exceder de cuatro (4) días de despacho, dentro de los cuales las partes promoverán y evacuarán las pruebas que consideren conducentes para sostener sus alegatos. El Tribunal se pronunciará dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento de dicho lapso.

PARÁGRAFO ÚNICO: La admisión del recurso será apelable dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, siempre que la Administración Tributaria hubiere formulado oposición, y será oída en el solo efecto devolutivo. Si el tribunal resuelve inadmitir

el recurso se oirá apelación en ambos efectos, la cual deberá ser decidida por la alzada en el término de treinta (30) días continuos.

En ambos casos, las partes deberán presentar sus informes dentro de los diez (10) días de despacho siguientes al recibo de los autos por la alzada”. (Resaltado de la Sala).

De la disposición antes transcrita, se desprende que el Tribunal de la causa debe pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso en el término ordinario concedido por el Código Orgánico Tributario en su artículo 267, esto es, al quinto (5°) día de despacho siguiente a que conste en el expediente “*la última de las notificaciones de ley*”, sin exigir dicha normativa que se notifique de tal decisión, porque obviamente las partes se encuentran a derecho.

Además, establece el dispositivo normativo bajo análisis que la interposición del recurso de apelación contra la decisión que inadmite el recurso contencioso tributario debe ejercerse en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes.

Circunscribiendo el análisis al presente caso aprecia la Sala de las actas procesales que mediante auto de fecha 24 de noviembre de 2008 el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, acordó diferir la decisión para el primer (1°) día de despacho siguiente, es decir, el día 25 de noviembre de 2008, fecha en la que dictó el pronunciamiento correspondiente.

En atención a los hechos narrados, no se encontraba el Tribunal de la causa en la obligación de notificar a las partes de su sentencia interlocutoria por la que declaró inadmisibile el recurso contencioso tributario, pues ésta fue dictada dentro del plazo de diferimiento y el auto que lo acordó fue emitido en el término legal para sentenciar, de acuerdo con lo afirmado por la juzgadora de instancia, cuestión que no fue desvirtuada por la recurrente de hecho, de manera que las partes se encontraban a derecho.

5.7 Litispendencia en materia tributaria cuando se instauran dos juicios, contra la denegación tácita y contra el recurso jerárquico que fue decidido tardíamente

Sentencia N°: 00676
Fecha: 21-05-09
Caso: Xerox de Venezuela, C.A. vs República Bolivariana de Venezuela

Visto lo anterior, la Sala reitera su criterio en cuanto a la litispendencia en materia tributaria, específicamente en el supuesto de que se ejerza el recurso contencioso tributario ante la denegación tácita del recurso jerárquico y posteriormente se interponga otro recurso contencioso tributario una vez decidido tardíamente el referido recurso jerárquico.

A tal efecto, la sentencia SPA N° 1.170 de fecha 2 de octubre de 2008 caso: *WINCOR NIXDORF, C.A.*, estableció lo siguiente:

...omissis...

Ahora bien, tomando en cuenta la sentencia parcialmente transcrita, esta Máxima Instancia efectúa en forma cronológica una reseña de las circunstancias que rodean la interposición de los aludidos recursos contencioso-tributarios, a saber:

...omissis...

Establecidos los hechos anteriores, se observa que se trata de causas idénticas, en razón de que el presente recurso contencioso tributario fue incoado contra la Resolución N° GGSJ/GR/DRAAT/2006-2547, que no obstante haber declarado parcialmente con lugar el recurso jerárquico, culminó la vía administrativa sustituyendo al acto administrativo de primer grado, a saber, la Resolución Culminatoria de Sumario Administrativo N° GCE-SA-R-2003/057, frente al cual se interpuso igualmente recurso contencioso tributario que cursa ante el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas, bajo el asunto AP41-U-2004-000499. En consecuencia, esta Sala, ratificando lo plasmado en la sentencia antes citada y conforme a lo denunciado por la República, evidencia que existe litispendencia. Así se declara.

Visto lo anterior, al haberse notificado (“citado”) a la Administración Tributaria con anterioridad en el Asunto N° AP41-U-2004-000499 del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario del Área Metropolitana de Caracas, se extingue el presente proceso.

Conforme a todo lo anterior, esta Sala debe declarar con lugar la apelación de la República Bolivariana de Venezuela, por lo tanto, con lugar la oposición a la admisión del recurso contencioso tributario contra la Resolución N° GGSJ/GR/DRAAT/2006-2547, objeto del presente caso. Así se decide.

5.8 Reposición de la causa por error en el auto de admisión del recurso contencioso tributario

Sentencia N°: 00243
Fecha: 26-02-09
Caso: Seaport Shipping Agency, S.A. (SEAPORT) vs Fisco Nacional

...la Sala juzga oportuno reproducir la norma contenida en el artículo 267 del Código Orgánico Tributario de 2001, así como la previsión contenida en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, las cuales sirvieron de base al *a quo* para declarar la reposición de la causa al estado de admisión del presente recurso contencioso tributario y que, a su vez, invoca la representación judicial del Fisco Nacional para sostener la legalidad del auto apelado ante esta Máxima Instancia.

Los señalados dispositivos normativos, prevén:

“Artículo 267. Al quinto día de despacho siguiente a que conste en autos la última de las notificaciones de ley, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso. Dentro de este mismo plazo, la representación fiscal podrá formular oposición a la admisión del recurso interpuesto.

En este último caso, se abrirá una articulación probatoria que no podrá exceder de cuatro (4) días de despacho, dentro de los cuales las partes promoverán y evacuarán las pruebas que consideren conducentes para sostener sus alegatos. El Tribunal se pronunciará dentro de los tres (3) días de despacho siguientes al vencimiento de dicho lapso.

PARÁGRAFO ÚNICO: *La admisión del recurso será apelable dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes, siempre que la Administración Tributaria hubiere formulado oposición, y será oída en el solo efecto devolutivo. Si el tribunal resuelve inadmitir el recurso se oirá apelación en ambos efectos, la cual deberá ser decidida por la alzada en el término de treinta (30) días continuos.*

En ambos casos, las partes deberán presentar sus informes dentro de los diez (10) días de despacho siguientes al recibo de los autos por la alzada”.

“Artículo 206.- *Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto*

procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la Ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.

En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado". (Destacado de la Sala).

De la disposición contenida en el artículo 267 del vigente Código Orgánico Tributario, se desprende que el tribunal de la causa debe pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso en el término ordinario concedido por el citado cuerpo normativo, esto es, al quinto (5°) día de despacho siguiente a la verificación de la última de las notificaciones, oportunidad en la cual, puede la representación fiscal oponerse a dicha admisión, supuesto en el que se abrirá una articulación probatoria por un lapso no mayor de cuatro (4) días de despacho a los fines de que las partes promuevan y evacuen las pruebas que consideren conducentes a sus pretensiones. Luego de lo cual, una vez vencido el lapso indicado, el tribunal dispone de tres (3) días de despacho para emitir pronunciamiento respecto de la admisión del recurso contencioso tributario. (En tal sentido ver sentencia de esta Sala N° 00713 de fecha 22 de marzo de 2006, caso: *Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía*).

Por su parte, el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, el cual resulta aplicable al presente caso conforme a lo establecido en el artículo 332 del Código Orgánico Tributario, contempla la facultad del Juez como director del proceso de corregir los errores que eventualmente pudieran anular los actos procesales, en los casos determinados por la Ley o cuando haya dejado de cumplirse una formalidad esencial a la validez del acto de que se trate y siempre que éste no haya alcanzado el fin para el cual ha sido destinado. Es decir, la legislación adjetiva sanciona con la nulidad la omisión de formas sustanciales del acto que vulneren el derecho a la defensa de alguna de las partes contendientes en el juicio.

Ahora bien, atendiendo al análisis de las normas citadas y del estudio de las actas procesales constata la Sala que en fecha 11 de enero de 2008, el Tribunal de la causa admitió el recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente contra las Resoluciones impugnadas inicialmente, sin hacer mención expresa sobre la admisibilidad del recurso contra la Resolución N° GGSJ/GR/DRAAT/2007/1001 de fecha 30 de abril de 2007, emanada también de la Gerencia de Recursos de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT, que fue impugnada mediante el escrito de reforma presentado el 4 de julio de 2007.

Con tal omisión, a juicio de esta Alzada se produjo un quebrantamiento en la formalidad esencial a la validez del auto de admisión en cuestión, por cuanto al no haberse expresado en éste ni haberse revisado las causales de inadmisibilidad respecto de dicho acto, se transgredió el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes intervinientes en el juicio, por cuanto el recurso contra dicha Resolución no fue admitido.

Sobre la base de lo anteriormente señalado, debe esta Sala proceder a ratificar la decisión apelada, pues no tendría sentido que el juez pronuncie su decisión de mérito en el recurso contencioso tributario incoado con efectos sólo respecto de las Resoluciones inicialmente recurridas y quede en consecuencia, la Resolución N° GGSJ/GR/DRAAT/2007/1001 de fecha 30 de abril de 2007, como si nunca hubiere sido impugnada, con lo cual se afectaría gravemente, en el escenario descrito, los intereses de la contribuyente, razón por la que concluye esta Alzada, contrariamente a lo señalado por el apoderado judicial de la sociedad mercantil Seaport Shipping Agency, S.A. (SEAPORT), que el *a quo* al reponer la causa al estado de admisión, no incurrió en contrariedad a derecho; y por tanto, se desestima tal argumentación. Así se declara.

5.9 Responsabilidad solidaria de los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas incluye también las cantidades accesorias de las obligaciones tributarias

Sentencia N°: 01213
Fecha: 12-08-09
Caso: Fisco Nacional vs 64 Celular, C.A.

...el presente punto está dirigido a determinar la presunta responsabilidad solidaria de los ciudadanos Carmine Pio Grappone Rojas y Lizeth Oliviero Velásquez con relación a los créditos líquidos y exigibles a favor del Fisco Nacional derivados de los referidos actos administrativos, es menester entonces analizar el artículo 26 del mencionado Código Orgánico Tributario de 1994, vigente *ratione temporis*, que copiado a la letra señala:

“Artículo 26. Son responsables solidarios por los tributos derivados de los bienes que administren o dispongan:

(...)

2. Los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida;

3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de los entes colectivos que crecen de personalidad jurídica;

(...)

Parágrafo Único. *La responsabilidad establecida en este artículo sólo se hará efectiva cuando el responsable hubiese actuado con dolo o culpa grave, y se limitará al valor de los bienes que se administren o dispongan”.*

De la norma precedentemente transcrita, se desprende que el legislador tributario a los fines de proteger los intereses del Fisco, señaló a los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas como responsables solidarios en la obligación de pagar los tributos que las leyes atribuyan a sus representadas.

No obstante, la misma norma establece que el responsable solidario en su gestión, administrará los recursos que se le encomienden dando cumplimiento a los deberes fiscales, en caso contrario, se hará efectiva su responsabilidad solidaria cuando se compruebe que actuó con dolo o culpa grave; limitada dicha responsabilidad a los bienes que se administren o dispongan (*Vid.* Sentencia N° 00300 de fecha 15 de febrero de 2007, caso: *Walter Luis Galves Acosta*; y sentencia N° 01511 del 14 de agosto de 2007, caso: *ACO BARQUISIMETO, S.A.*).

De manera que la responsabilidad solidaria viene dada por la vinculación directa entre el sujeto sobre el cual se verificó el hecho imponible y aquel que sin tener el carácter de contribuyente debe por disposición expresa de ley, cumplir con las obligaciones atribuidas a éstos.

Ahora bien, esta vinculación no debe considerarse en su sentido amplio bajo la justificación de la presunta salvaguarda de los intereses del Fisco Nacional, pues esa protección de intereses debe estar en consonancia con los del contribuyente, por lo que al momento de determinar dicha vinculación a los fines de evidenciar la responsabilidad solidaria, en el caso concreto de los ciudadanos Carmine Pio Grappone Rojas y Lizeth Oliviero Velásquez, resulta necesario comprobar si para los ejercicios fiscales 1998, 1999 y 2000, que dieron lugar a las prenombradas Resoluciones Nros. RLA/DF/RIS/2000-3313 de fecha 30/10/2000; RLA/DF/RPN/2000-6051 del 27/12/2000; RLA/DF/RPN/2000-6052 del 27/12/2000; RLA/DF/RPN/2001-631 de fecha 24/09/2001, tenían alguna función dentro de la administración de la sociedad mercantil 64 Celular, C.A., que los califiquen como responsables solidarios de los créditos fiscales intimados y así ha sido conside-

rado por esta Sala en sentencia N° 00300 de fecha 15 de febrero de 2007, caso: *Walter Luis Galves Acosta vs Fisco Nacional*, cuando sostuvo lo siguiente:

“...En el presente caso, para establecer si el ciudadano Walter Luis Galves Acosta es o no, responsable solidario por las obligaciones tributarias determinadas a cargo de la contribuyente Automotriz Lamax, S.A., es indispensable comprobar si para los períodos fiscales reparados (1995, 1996, 1997 y 1998), dicho ciudadano tenía alguna facultad dentro de la administración de la mencionada contribuyente que lo legitime como responsable solidario de los créditos fiscales intimados...”.

En este sentido, tal como fue expuesto por la representación fiscal, de los folios 20 al 31 del expediente judicial se evidencia a través del Acta de Asamblea Extraordinaria del 27 de abril de 1998, que para la fecha de los períodos investigados (1998, 1999 y 2000), los referidos ciudadanos ostentaban la cualidad de Presidente y Vicepresidente de la empresa 64 Celular, C.A., desempeñándose fundamentalmente como *“encargados de la administración de la citada sociedad mercantil”*, lo cual pone de relieve la existencia de esta condicionante consagrada en el prenombrado artículo 26 del Código Orgánico Tributario de 1994, aplicable en razón de su vigencia temporal.

Asimismo, contrariamente a lo expuesto por el tribunal de instancia, esa responsabilidad no se limita *“al monto del tributo”*, sino que abarca también las cantidades accesorias que con motivo al mismo pudieran exigirse, en razón del carácter indivisible que las distinguen y porque el artículo 26 en referencia establece como limitante que *“...la responsabilidad solidaria será por el valor de los bienes que se administren o dispongan...”*.

De manera que al desprenderse de las actas que cursan insertas en el expediente la cualidad y funciones de administración de los ciudadanos Carmine Pio Grappone Rojas y Lizeth Oliviero Velásquez en la empresa 64 Celular, C.A., durante los períodos que dieron lugar a las Resoluciones Nros. RLA/DF/RIS/2000-3313 de fecha 30/10/2000; RLA/DF/RPN/2000-6051 del 27/12/2000; RLA/DF/RPN/2000-6052 del 27/12/2000; RLA/DF/RPN/2001-631 de fecha 24/09/2001, esta Sala considera que los citados ciudadanos sí ostentan la condición de responsables solidarios por las deudas tributarias de la sociedad mercantil en cuestión frente al Fisco Nacional. Así se decide.

5.10 Sistema Venezolano de Información Tributaria (SIVIT). Su registro no constituye un requisito para demostrar la existencia de créditos fiscales

Sentencia N°: 01212
Fecha: 12-08-09
Caso: Siderúrgica del Orinoco, C.A. (SIDOR) vs Fisco Nacional

...pasa esta Sala a resolver el vicio de falso supuesto alegado por la representación en juicio de la contribuyente, con relación a que la Administración Tributaria incurrió en el mencionado vicio al momento de realizar los ajustes, ya que partió de una errónea apreciación de los hechos al no considerar a los antes nombrados proveedores como “*contribuyentes ordinarios*”.

Sobre el particular, se desprende del análisis de los informes fiscales realizados por la Administración Tributaria al momento de evaluar la procedencia de la recuperación de los créditos fiscales, solicitada por la contribuyente para los periodos impositivos mayo y agosto del año civil 2003 (folios 583 al 594 y 1127 al 1142) que los mismos indicaron que los ajustes de los mencionados créditos fueron efectuados por cuanto los proveedores de SIDOR no aparecían en el Servicio Venezolano de Información Tributaria (SIVIT), como contribuyentes del impuesto al valor agregado.

Con respecto a ello, esta Alzada es del criterio que tal circunstancia no desvirtúa la existencia de las operaciones comerciales de la contribuyente de autos con dichos proveedores, reflejadas a través de las facturas que originaron los créditos fiscales reconocidos a la sociedad mercantil.

En efecto, la recurrente aportó en el curso del proceso, los soportes que respaldan los créditos fiscales, contenidos en las facturas que cursan a los autos (folios 251 al 377), documentos éstos que no fueron impugnados por la Administración Tributaria y demuestran la veracidad de esas negociaciones efectuadas con diferentes contribuyentes ordinarios del impuesto al valor agregado.

En refuerzo de lo indicado, cabe destacar que el Sistema Venezolano de Información Tributaria (SIVIT) constituye una plataforma tecnológica que fue desarrollada por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) dentro de una serie de sistemas automatizados creados

con la finalidad de apoyar su función recaudadora. Concretamente el SIVIT contiene entre otros los siguientes módulos: registro de contribuyentes, información fiscal básica de identificación de las obligaciones tributarias (RIF-NIT), recepción de declaraciones, control de morosos y la cuenta corriente de cada contribuyente manteniendo el histórico de todas sus transacciones. (Ver sentencia de esta Sala, identificada con el N° 00471 del 15 de abril de 2009, caso: *Carbones de la Guajira, S.A.*).

Así es preciso referir que el sistema SIVIT es operado solamente por la Administración Tributaria, con ocasión de la información suministrada por el contribuyente cuando se inscribe en el Registro de Información Fiscal, sin que este último tenga otra injerencia en el aludido sistema. Por ende, ningún ciudadano puede consultar los datos que allí reposan, ya sean de él mismo o de otro contribuyente.

En tal virtud, dicha plataforma tecnológica apoya la función del SENIAT, pero no se instituye como un requisito para que los contribuyentes puedan demostrar la existencia de sus créditos fiscales, por lo que no se puede rechazar una solicitud de esta naturaleza, o realizar ajustes a los créditos fiscales ya reconocidos con fundamento únicamente en este sistema; y más aún, cuando se advierte que las facturas traídas al expediente **no fueron objetadas en cuanto al pago efectivo del impuesto cuyo crédito fiscal recuperó la contribuyente mediante los actos administrativos impugnados**, pudiendo verificarse de las mismas período, datos de las facturas como números, fechas, proveedores, montos totales y créditos fiscales, además de los datos de los pagos realizados, concernientes a notas de débito, fechas, bancos y totales abonados.

En atención a las consideraciones que anteceden, debe esta Sala declarar la existencia del vicio de falso supuesto de hecho en la actuación administrativa, y con lugar el recurso contencioso tributario incoado por la contribuyente Siderúrgica del Orinoco, C.A. (SIDOR). Así se declara.

6. Juicio Ejecutivo

6.1 El acta de intimación de derechos pendientes es un documento fundamental del juicio ejecutivo

Sentencia N°: 00941
Fecha: 25-06-09
Caso: Fosforera Suramericana, C.A. vs Fisco Nacional

El Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en sentencia N° 11/2009 del 3 de febrero de 2009, al declarar inadmisibile la demanda de juicio ejecutivo incoada por la representación fiscal, consideró que el demandante no cumplió con el requisito establecido en el ordinal 6° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, referido a la consignación del documento en el cual fundamenta su pretensión, pese habersele concedido un plazo de cinco (5) días de despacho para tal fin, pues la representación judicial del Fisco Nacional al momento de la interposición de la demanda de ejecución de créditos fiscales, que tuvo lugar en fecha 15 de enero de 2009, sólo consignó el Acta de Intimación de Derechos Pendientes identificada con el N° SNAT/INTI/GRTCERC/DR/ACIM/2008/460 del 16 de mayo de 2008.

Ahora bien, pasa esta Sala a determinar si la referida acta de intimación constituye título ejecutivo a los fines de la admisión del recurso contencioso tributario interpuesto en fecha 15 de enero de 2009.

Sobre la valoración del mencionado acto, a los fines de determinar si debe considerarse como un título ejecutivo o no, es preciso citar las normas contenidas en los artículos 211, 212 y 213 del vigente Código Orgánico Tributario, así como la previsión contemplada en el artículo 289 *eiusdem*. En tal sentido, las disposiciones legales antes aludidas establecen lo siguiente:

“Artículo 211: *Una vez notificado el acto administrativo o recibida la autoliquidación con pago incompleto, la oficina competente de la Administración Tributaria requerirá el pago de los tributos, multas e intereses, mediante intimación que se notificará al contribuyente por alguno de los medios establecidos en este Código.*

Artículo 212: *La intimación de derechos pendientes deberá contener:*

1. *Identificación del organismo, y lugar y fecha del acto.*
2. *Identificación del contribuyente o responsable a quien va dirigida.*
3. *Monto de los tributos, multas e intereses, e identificación de los actos que los contienen.*
4. *Advertencia de la iniciación del juicio ejecutivo correspondiente, si no satisficiera la cancelación total de la deuda, en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación.*
5. *Firma autógrafa, firma electrónica u otro medio de autenticación del funcionario autorizado.*

Artículo 213: *Si el contribuyente no demostrare el pago en el plazo a que se refiere el artículo anterior, la intimación realizada servirá de constancia del cobro extrajudicial efectuado por la Administración Tributaria, y se anexará a la demanda que se presente en el juicio ejecutivo.*

Parágrafo Único: *En el caso de autoliquidaciones con pago incompleto, la intimación efectuada constituirá título ejecutivo”.*

“Artículo 289. *Los actos administrativos contentivos de obligaciones líquidas y exigibles a favor del Fisco por concepto de tributos, multas e intereses, así como las intimaciones efectuadas conforme al parágrafo único del artículo 213 de este Código, constituirán título ejecutivo, y su cobro judicial aparejará embargo de bienes, siguiendo el procedimiento previsto en este Capítulo”.* (Destacado de la Sala).

Respecto del procedimiento intimatorio arriba reseñado, esta Máxima Instancia de manera reiterada ha indicado que éste se encuentra constituido por aquellas actuaciones administrativas tendentes a lograr la percepción extrajudicial de los tributos, multas e intereses que adeuden los contribuyentes, bien por falta

de pago o pago incompleto a la Administración Tributaria, bajo apercibimiento de iniciación del juicio ejecutivo previsto en los artículos 289 al 295 del Código Orgánico Tributario vigente; razón por la cual, ha entendido este Alto Tribunal que el mismo sólo apareja actuaciones de gestión extrajudicial de cobro, no determinativas de tributos, sanciones ni accesorios, pues el mismo se funda en actos contentivos de obligaciones tributarias previamente determinadas y definitivamente firmes, traducéndose de esa forma, “*en un procedimiento preparatorio de la vía ejecutiva, en la cual el acto contentivo de la intimación servirá bien como título ejecutivo o como documento fundamental de la demanda de ejecución*”. (Vid. sentencias de esta Sala Político-Administrativa Nos. 01939, 00051, 00282 y 00528 dictadas en fechas 28 de noviembre de 2007, 16 de enero de 2008, 05 de marzo de 2008 y 29 de abril de 2009, casos: *Sakura Motors, C.A.*, *Automotriz La Concordia, S.A.*, *Hidalgo Motors, C.A.* y *Arquiestructura, C.A.*, respectivamente).

De acuerdo con lo expuesto y circunscribiendo el análisis al presente caso, se constata que la Intimación de Pago de Derechos Pendientes N° SNAT/INTI/GRTCERC/DR/ACIM/2008/460 del 16 de mayo de 2008, que fuera acompañada a la demanda de juicio ejecutivo incoada por la representación fiscal, cumple con los requisitos exigidos en las disposiciones precedentemente transcritas, toda vez que en su contenido se identifican a la Administración Tributaria emisora del acto y a la contribuyente, se describen discriminadamente los montos, conceptos (tributos, multas e intereses) y períodos reclamados, así como las Resoluciones en las cuales se hallan dichas obligaciones; asimismo, en su texto se hace la advertencia de la iniciación del juicio ejecutivo correspondiente, en caso de no satisfacerse el pago total de la deuda, en un plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de su notificación; y finalmente, se encuentra suscrita por la autoridad competente y notificada a la contribuyente.

Referente a lo señalado por el tribunal *a quo* sobre la Resolución N° GCE-SAR-98-226 del 1° de septiembre de 1998, consignada por la parte demandante el 29 de enero de 2009, en atención al auto dictado el 19 de enero de 2009, esta Sala destaca que corresponderá darle el mérito probatorio, conjuntamente con todos aquellos actos en que se fundamenta la pretensión fiscal, en el análisis que determinará la validez de la exigibilidad de los créditos fiscales reclamados por el Fisco Nacional.

Sobre la base de lo anteriormente indicado, y atendiendo al criterio asumido por esta Sala en los fallos enunciados, concluye esta Alzada que el Acta de Intimación de Derechos Pendientes, antes identificada, consignada adjunta al

escrito de la demanda del juicio ejecutivo, es el documento fundamental y suficiente que debe acompañarse a la demanda en referencia, conforme a lo previsto en el artículo 289 del Código Orgánico Tributario vigente, a los fines de su admisión, lo cual no obsta a que la contribuyente de considerarlo conveniente, pueda oponerse a la ejecución o interponer, de ser el caso, en el ejercicio de su derecho constitucional a la defensa, los medios impugnatorios conducentes contra el acto intimatorio. Así se declara.

Por las motivaciones que anteceden, esta Sala conociendo en consulta, revoca la sentencia interlocutoria N° 11/2009 dictada por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 3 de febrero de 2009, en la cual se declaró inadmisibile el juicio ejecutivo incoado por el Fisco Nacional contra la sociedad mercantil Fosforera Suramericana, C.A., en razón de haber considerado el sentenciador de instancia que *“no se produjo el documento en el cual se fundamenta su pretensión”*, contemplado en el ordinal 6° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil. Así se declara.

Finalmente, cabe destacar que este Alto Tribunal ha venido delineando los requisitos de admisibilidad del juicio ejecutivo conforme a lo previsto en el *“Capítulo II Del Juicio Ejecutivo”* del *“Título IV De los Procedimientos Judiciales”* del Código Orgánico Tributario de 2001, estableciendo al respecto como presupuesto necesario para la interposición de la demanda por ejecución de créditos fiscales, que no se encuentren suspendidos los efectos del acto impugnado, señalando que debe contarse además con la tenencia de un título ejecutivo el cual comporta a su vez, la existencia de un acto administrativo contentivo de una obligación líquida y exigible cuyo acreedor sea el Fisco por concepto de tributos, multas e intereses, esto es, que la obligación esté cuantificada y se haya vencido el plazo cierto para su pago. (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 00238 del 13 de febrero de 2007, caso: *Operadora Binmariño, C.A. Bingo Valencia*).

En consecuencia, se ordena al Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas que una vez revisados los demás requisitos de admisibilidad distintos al analizado en el presente caso, se pronuncie sobre la admisión de la demanda incoada por los representantes del Fisco Nacional. Así se declara.

6.2 El despacho saneador debe notificarse al Fisco Nacional

Sentencia N°: 00922
Fecha: 18-06-09
Caso: Walco Industrial, S.A. vs Fisco Nacional

El Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en sentencia N° 188/2008 del 12 de noviembre de 2008, al declarar inadmisibile la demanda de juicio ejecutivo incoada por la representación fiscal, consideró que el demandante no cumplió con el requisito establecido en el ordinal 6° del artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, referido a la consignación del documento en el cual fundamenta su pretensión, pese a habersele concedido un plazo de cinco (5) días de despacho para tal fin.

Sobre el aspecto que antecede, de las actas del expediente observa esta Sala que el Juzgador de Instancia, haciendo uso del despacho saneador previsto en la norma contenida en el artículo 642 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso tributario conforme a lo preceptuado en el artículo 332 del Código Orgánico Tributario vigente, “*emplazó*” a la representación fiscal, a los fines de que presentara, en el lapso de “*cinco (5) días de despacho siguientes*” a la fecha del auto mediante el cual ordenó dicho emplazamiento (31 de octubre de 2008), el instrumento en que se fundamenta su pretensión, es decir, el título ejecutivo en virtud del cual reclama su acreencia.

Sin embargo, advierte esta Alzada que no se libraron boletas y por ende no se practicó la notificación del auto en referencia, en el cual se abrió el término para cumplir con la exigencia de consignar el documento contentivo de la obligación tributaria cuya ejecución se pretendía.

En tal sentido, observa esta Máxima Instancia que la norma prevista en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974), 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 funcionario fiscal competente. Así mismo, 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".
(Destacado de la Sala).

Del contenido de la norma antes transcrita, se observa que todo Juez, Registrador y demás autoridades de la República, tienen la obligación de notificar al Procurador y Contralor General de la República, de toda demanda, sentencia o providencia que obre contra el Fisco Nacional, siempre que se haya dictado fuera del lapso legal, 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. (Vid. sentencia de esta Sala N° 01524 del 26 de noviembre de 2008, caso: *Proyectos Eléctricos e Industriales, C.A. (PROYELINCA)*).

De acuerdo con lo expuesto y circunscribiendo el análisis al presente caso, se observa que el auto de fecha 31 de octubre de 2008, por el cual el Tribunal de la causa pretendía obtener el título ejecutivo correspondiente, encuadra en el precepto contenido en el vigente artículo 12 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, antes transcrito, en el sentido que obedece a la apertura de un término que generalmente no resulta común en los juicios ejecutivos sino que fue abierto en virtud del despacho saneador, donde el Fisco Nacional, actuando a través de la Procuraduría General de la República, debía ser notificado para que, en defensa del interés patrimonial tutelado por éste, consignara oportunamente el acto de intimación o los actos administrativos contentivos de las obligaciones líquidas y exigibles cuyo pago era exigido en el juicio bajo análisis.

Sobre la base de lo anteriormente indicado, esta Sala conociendo en consulta, revoca la sentencia interlocutoria N° 188/2008 dictada por el Tribunal Superior Cuarto de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 12 de noviembre de 2008, en la cual se inadmisibile el juicio ejecutivo incoado por el Fisco Nacional contra la sociedad mercantil Walco Industrial, S.A. con fundamento en el Acta de Intimación de Derechos Pendientes N° SNAT/INTI/GRTICERC/DR/ACIM/2008/931 de fecha 4 de septiembre de 2008. En consecuencia, se repone la causa al estado de que se notifique en los términos previstos por el legislador en el artículo 12 de la

Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el auto de fecha 31 de octubre de 2008. Así se declara.

6.3 Resulta improcedente justificar el riesgo en los juicios ejecutivos en razón de que sólo se debe demostrar que sea líquida y exigible la obligación tributaria

Sentencia N°: 00329
Fecha: 11-03-09
Caso: CSR Computación, C.A. vs Fisco Nacional

Indicó la contribuyente, que la Administración Tributaria no justificó el riesgo que presuntamente corría “...*al no existir un embargo contra CSR Computación, C.A., por la razón de que no existe para el Fisco Nacional riesgo alguno que pudiese significar que quede ilusoria la ejecución de fallo, pues el órgano fiscal mantiene en su cuenta corriente a favor de la contribuyente más de Bs. F. 1.400.000,00, en créditos fiscales que no le han sido reintegrados...*”.

Según se desprende de la normativa que rige el juicio ejecutivo, contemplado en los artículos 289 al 295 del Código Orgánico Tributario de 2001, para la procedencia de las demandas de ejecución de créditos fiscales y consecuentemente el embargo de bienes, es necesario presentar al juez competente los actos administrativos a ejecutar, cuyas obligaciones sean líquidas y exigibles, además del requisito relativo a que no se encuentren suspendidos los efectos que reflejan ese derecho de crédito. (*Vid.* Sentencia N° 00238 de fecha 13 de febrero de 2007, caso: *Operadora Binmariño, C.A.*).

Así, según señala el artículo 289 del citado instrumento normativo, el cobro judicial de las obligaciones líquidas y exigibles sobre las cuales se fundamenta esta categoría de medio procesal, “...*aparejará embargo de bienes, siguiendo el procedimiento previsto en este Capítulo...*”, acotando además, el artículo 291 *eiusdem* que “...*En la misma demanda el representante del Fisco solicitará, y el Tribunal así lo acordará, el embargo ejecutivo de bienes propiedad del deudor que no exceda del doble del monto de la ejecución, más una cantidad suficiente estimada prudencialmente por el Tribunal para responder del pago de intereses y costas del proceso...*”.

De manera que a diferencia de lo que ocurre con otras medidas nominativas, preventivas o innominadas en donde resulta exigible la demostración del *fumus*

boni iuris, periculum in mora y el *periculum in damni*, según de la cual se trate, en el caso del embargo ejecutivo que deviene como medida accesoria a la interposición de las demandas de ejecución de créditos fiscales, no se exige el cumplimiento de esos requisitos a los fines de justificar su procedencia, pues tal como se indicó *supra*, la misma tendría lugar a solicitud del demandante y siempre que tal demanda se fundamente en “*títulos con obligaciones líquidas y exigibles*”, vale decir, que la obligación contenida en ellos esté cuantificada y se haya vencido el plazo cierto para su pago, y a su vez, siempre que no se encuentren suspendidos sus efectos.

Conforme a lo anterior, esta Alzada desestima el alegato esgrimido por la apoderada judicial de la contribuyente CSR Computación, C.A. Así se decide.

