

De las medidas preventivas innominadas. , **Sentencia Nro. 523 del 08/06/2000. Sala Constitucional.**



De los extremos requeridos para que proceda la medida preventiva. , **Sentencia Nro. 523 del 08/06/2000. Sala Constitucional.**

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: **Héctor Peña Torrelles**

En fecha 22 de febrero de 2000, el ciudadano **FHANDOR JOSÉ QUIROGA SANCHEZ**, titular de la Cédula de Identidad número 3.855.680, en su carácter de Alcalde del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy, asistido por el abogado **ALEXIS VIERA BRANDT** inscrito en el Inpreabogado bajo el número 2296, interpuso recurso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 42 ordinal 3º y 43 de la Ley orgánica de la Corte Suprema de Justicia, contra la Ordenanza por medio de la cual fue creada la denominada “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO SAN FELIPE DEL ESTADO YARACUY”, publicada en la Gaceta Municipal del Municipio San Felipe de fecha 28 de mayo de 1998, año I, mesV, número extraordinario, por considerar que se incurre en el supuesto establecido en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. En el mismo escrito, solicitó de manera subsidiaria medida cautelar innominada de conformidad con lo previsto en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a los fines de que se ordene a la Oficina Subalterna del Registro Público del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy abstenerse de protocolizar cualquier documento en que de alguna manera se enajenen o graven bienes que aparezcan registrados como propiedad de la “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL

DEL DISTRITO SAN FELIPE”. En la misma fecha se dio cuenta en esta Sala Constitucional y se acordó pasar las actuaciones al Juzgado de Sustanciación.

En fecha 23 de marzo de 2000, el Juzgado de Sustanciación admitió el recurso en cuanto ha lugar en derecho. Se ordenó notificar al Fiscal General de la República y al Síndico Procurador del Municipio, se ordenó asimismo el emplazamiento de los interesados mediante cartel. Por cuanto se observó que el recurrente solicitó medida cautelar innominada, una vez que constaran en autos las notificaciones libradas, el referido Juzgado ordenó que se remitieran las actuaciones a la Sala Constitucional a los fines de la correspondiente decisión previa.

Efectuadas las notificaciones y publicado el cartel, se pasaron los autos a la Sala y el 26 de abril de 2000 se designó Ponente al Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo.

En esa misma fecha, el abogado **FÉLIX ANTONIO ARTEAGA QUIROGA**, actuando en su carácter de Síndico Procurador Municipal del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy, presentó escrito solicitando la declaratoria de improcedencia del recurso intentado.

Efectuada la lectura individual del expediente, para decidir se hacen las siguientes consideraciones.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Como fundamento del recurso interpuesto, expuso el recurrente lo siguiente:

1. “Que efectuadas las revisiones en los Libros de Actas de Sesiones de la Cámara del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy de fecha 28 de mayo de 1990, fecha en la que se publicó la creación de la “viciada”(sic) Fundación denominada “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO

MUNICIPAL DEL MUNICIPIO SAN FELIPE DEL ESTADO YARACUY”, también llamada “FUNDESFEL”, se pudo constatar (anexo “E”) que no se realizó ni la presentación, ni la discusión, como lo pauta el artículo 4 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni la aprobación de proyecto alguno de Ordenanza para la creación o prórroga de la referida Fundación, por lo que dicha Ordenanza debe considerarse nula”.

2. 2. “Que para la constitución de las Fundaciones por el Municipio, priva la aplicación del artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal”.
3. 3. “Que para la creación de la indicada Fundación “FUNDESFEL”, no fueron observados los requerimientos o pasos previstos en el artículo 76, ordinal 11º de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, es decir que no se realizó la solicitud del Alcalde a la Cámara Municipal, para constituir dicha Fundación, ni la autorización de la Cámara mediante Acuerdo u Ordenanza, ni el Municipio San Felipe ha hecho una dotación de patrimonio, en una proporción mayor al 50%, como lo ordena el artículo 48 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como tampoco se realizó la protocolización del acta constitutiva (o modificatoria) por ante el Registro Subalterno (Anexo “E1”) en los términos establecidos en el Código Civil (artículo 19), para que la “viciada” Fundación adquiriera personalidad jurídica”.
4. 4. “Que los Concejales del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy, han inducido en el error de hacer creer que la “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL DISTRITO SAN FELIPE” (resaltado del recurrente) del 06-05 65 fue prorrogada en su duración mediante la aparición de la “viciada” Ordenanza por medio de la cual se pretendió crear la

“FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO SAN FELIPE DEL ESTADO YARACUAY” (FUNDESDEL), pero alega, que en esta última Fundación no se dio cumplimiento a lo señalado anteriormente respecto a la creación y/o prórroga de las Fundaciones”.

5. 5. “Que la inducción en error por parte de los Concejales del Municipio tantas veces aludido, es tal que en fecha 21 de enero de 1993, según Actas N° 4, 5, 6 (Anexos “G, H, I”) en las diferentes sesiones de la Cámara Municipal, se aprobó y ratificó por unanimidad la disolución y eliminación de la Ordenanza objeto de impugnación, siendo acordada a su vez la conformación de la Comisión Liquidadora que se encargaría de todo lo concerniente a la disolución de “FUNDESDEL”.
6. 6. “Que la pretendida prórroga por parte de la Cámara Municipal, implica una evidente usurpación de las funciones que corresponden al órgano jurisdiccional, por lo que procede la aplicación de lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.
7. 7. “Que finalmente en fecha 1 de julio de 1999, (Acta N° 21), el Concejo Municipal del Municipio San Felipe, nombró unos directivos -que ratificó en sesión de 4 de noviembre de 1999- los cuales han continuado disponiendo y enajenando bienes de la “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL DISTRITO SAN FELIPE” del 06-05-65 (subrayado del recurrente), lo cual representa un grave perjuicio económico. En este sentido, considera necesario el recurrente resaltar, que la “FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL DISTRITO SAN FELIPE” del 06-05-65, conforme a su Ordenanza de creación, nunca se llamó

“FUNDESFEL”, o sea, fue una persona jurídica totalmente distinta a la viciada y denominada “FUNDESFEL”, lo cual tiene relevancia pues cada vez que esta última vende, los directivos de “FUNDESFEL” invocan la Ordenanza de la extinguida Fundación de 1965”.

DE LA MEDIDA CAUTELAR

El abogado **ALEXIS VIERA BRANDT**, solicitó en su escrito medida cautelar en defensa de los derechos y bienes del referido Municipio, de conformidad con el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y con fundamento en “la facultad discrecional prevista en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, decrete “medida atípica” consistente en “ordenarle a la Oficina Subalterna de Registro Público del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy, abstenerse de protocolizar cualquier documento en que de alguna manera se enajenen o graven bienes que aparezcan registrados como propiedad de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL DISTRITO SAN FELIPE” creada conforme a la Ordenanza Municipal Número Extraordinario que fue inscrita por ante la indicada Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito San Felipe del Estado Yaracuy, en fecha 6 de mayo de 1965, hasta tanto se decida el recurso de nulidad.

Señaló el recurrente, como fundamento de la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*), “lo acreditado con copias de los documentos (anexos K1 a K16) contentivo de enajenaciones de bienes ya realizadas por parte de la Junta Directiva de la viciada FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y FOMENTO MUNICIPAL DEL MUNICIPIO SAN FELIPE DEL ESTADO YARACUY, también llamada “Fundesfel” del 28-5-90”, reservándose el derecho de reivindicar dichos bienes; asimismo, indicó que se

cumplen los otros extremos requeridos para el decreto de la medida solicitada, pues están acreditados en las actas procesales, por lo cual señaló que su constatación podrá realizarla esta Sala en su necesario proceso intelectual de análisis de los recaudos acompañados, y sobre todo, el invocado poder de “supervigilancia” del Estado sobre las fundaciones.

Con relación a la referida solicitud, esta Sala observa que, el recurrente ha fundamentado el pedimento cautelar mediante unos argumentos, en que según él pretende, se evidencia el cumplimiento de los requisitos que consagra el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, lo primero que debe constatar esta Sala Constitucional, es la verificación del criterio asumido por este Tribunal Supremo respecto a las denominadas medidas preventivas innominadas, las cuales han sido consagradas por el legislador en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, que faculta al juez para poder adoptar este tipo de medida, debiendo previamente constatar el cumplimiento de los requisitos previstos o exigidos en el artículo 585 *eiusdem*.

Es decir, que el juez sólo podrá dictar la medida preventiva cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y que el solicitante acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de tal circunstancia y del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*).

De tal forma que en función a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que estos tienen un deber, esto es, que una vez cumplidos los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe proceder a dictar dichas medidas provisionales, y en este sentido tales medidas pierden el carácter excepcional dejando de estudiarse bajo una concepción restrictiva, pasando a analizarse bajo criterios *pro cives* y *pro libertate*.

Adicionalmente, es necesario acotar que los extremos requeridos por el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 *etisusdem*, es decir cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. Así pues que faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el juez no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva. En este orden de ideas, es necesario agregar que en materias de Derecho Público donde puedan estar en juego intereses generales, el juez debe también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

En efecto, luego del análisis anterior, se puede concluir que la medida innominada sólo puede proceder cuando los actos de una parte puedan traer como consecuencia lesiones graves o de difícil reparación que afecten el derecho de la contraparte; es evidente que el derecho al cual hace referencia el legislador debe ser, además del invocado en el libelo de demanda y que constituye el fundamento de la pretensión alegada, el que el mismo esté lo suficientemente expresado y fundamentado en el libelo como para que el juez pueda tener el convencimiento de la necesidad de otorgar la medida cautelar.

En el caso de autos, observa esta Sala Constitucional que del análisis de las actas del expediente no se desprende elemento que hagan presumir que las enajenaciones de bienes que haya podido realizar la Junta Directiva de la Fundación para el Desarrollo y Fomento Municipal del Municipio San Felipe del Estado Yaracuy, pueda causar un daño irreparable por la definitiva, ni la presunción de buen derecho ya para que exista el alegado vicio de usurpación de autoridad es necesario que la persona o funcionario a la cual se le imputa tal vicio, no estando investida de autoridad, ejerza una función que le corresponde a un órgano

estatal, caso que no se presenta en autos, ya que la materia relativa a las Fundaciones no es competencia exclusiva ni reservada a ningún ente, y por el contrario, de ser el caso ordenarle a la Oficina Subalterna de Registro Público del Municipio San Felipe, abstenerse de protocolizar cualquier documento en que de alguna manera se enajenen o graven bienes que aparezcan registrados como propiedad de la aludida Fundación, significaría presumir sin evidentes elementos de juicio la falta de legitimidad de la Junta Directiva de dicha fundación para realizar tales actos, lo cual es el análisis que llevara a cabo el juez encargado de decidir la procedencia de la nulidad. Y siendo el caso, si efectivamente existen los vicios señalados por el recurrente, puede proceder conforme a los instrumentos legales pertinentes, entre ellos al que alude específicamente el representante del Alcalde, como es el derecho de reivindicar dichos bienes.

Por todo lo antes expuesto, debe concluirse que en el caso de autos, el solicitante de la medida cautelar no cumple con los parámetros y requisitos exigido por la norma, para su procedencia. Así se declara.

DECISIÓN

En vista de las consideraciones antes expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara: **IMPROCEDENTE** la medida cautelar innominada solicitada por el abogado **ALEXIS VIERA BRANDT**, conforme a lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas a los 8 días del mes de junio del año 2000.
Años: 190° de la Independencia y 141° de la Federación.

El Presidente,

IVÁN RINCÓN URDANETA

El Vice-Presidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Magistrados,

HÉCTOR PEÑA TORRELLES
Ponente

JOSÉ M. DELGADO OCANDO
MOISÉS A. TROCONIS VILLARREAL

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

HPT/ep

Exp. N°: 00-0739, SENTENCIA 523 DE 8-6-00