



Magistrado Ponente: **JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER**

El 17 de julio de 2019, el abogado Juan Cristóbal Carmona Borjas, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 28.860, actuando con el carácter de apoderado judicial del **BANCO PROVINCIAL S.A. BANCO UNIVERSAL**, interpusieron ante esta Sala Constitucional recurso de nulidad conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos, contra los artículos 35, párrafo segundo; 71; 147.4 y 148 de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre de 2018.

En esa misma fecha, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente al Magistrado Juan José Mendoza Jover, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

Realizado el estudio del caso, pasa esta Sala a dictar sentencia, previo análisis de las consideraciones siguientes:

I

DEL RECURSO DE NULIDAD

Los apoderados judiciales de la parte recurrente, luego de realizar una síntesis de los fundamentos por los cuales consideraban la procedencia, admisibilidad y la competencia de esta Sala Constitucional para conocer del presente recurso de nulidad, señalaron lo siguiente:

Que, la referida Ordenanza establece en su artículo 35 así como el resto de las normas en ella contenidas relativas a agentes de retención *“...aunado a las declaraciones del Director del SEDEMAT, son suficientes para asumir que ha sido adoptada por el Concejo Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, la práctica registrada en otros municipios del país para designar a la banca, pública y privada, como agentes de retención del ISAE, cuando en las operaciones económicas gravadas con ese título se recurre a los puntos de venta como medio para concretar su pago, con la sola diferencia de que en esas otras entidades se ha actuado a esos fines mediante decretos dictados por alcaldes”*.

Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 13 conjuntamente con lo establecido en el artículo 35 *“...pudieran dar a entender que basta con esta última disposición para considerar que la banca ha sido designada agente de retención del ISAE en aquellos casos en los que se utilizan puntos de venta para concretar el pago a favor de un contribuyente del ISAE respecto de operaciones comerciales por él celebradas, siempre que el banco cuente con establecimiento permanente en el Municipio Maracaibo y el punto de venta se encuentre igualmente ubicado en esa jurisdicción y administrado por él”*.

Que resulta evidente que el Concejo Municipal al sancionar la Ordenanza en cuestión, y específicamente, el segundo párrafo del artículo 35, *“...no midió el impacto financiero que, para sus destinatarios el mismo supone, así como tampoco, la viabilidad práctica de su implementación”*.

La parte recurrente relató el funcionamiento del sistema de puntos de venta para evidenciar que lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 35 de la Ordenanza impugnada es de imposible ejecución, si se le considera en conjunto con el resto de los municipios que se han

acogido a esa política; así como la gran complejidad para la banca de saber en qué lugar en concreto se llevó a cabo la actividad comercial gravada con el ISAE, en el uso de los puntos de venta inalámbricos.

Que con base en ello, estiman que el artículo 35 de la Ordenanza recurrida viola los derechos económicos previstos en los artículos 112, 113 y 299 de la Constitución, así como la reserva de la materia bancaria al Poder Nacional y su calificación como servicio público, y constituye una evidente usurpación de funciones del Concejo Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia respecto de las competencias exclusivas del Poder Nacional en materia financiera, fiscal y de políticas macroeconómicas,

Luego de transcribir los artículos 71, 147.4 y 148 de la misma Ordenanza y hacer referencia al Petro como modalidad de unidad de cuenta y los Decretos dictados en relación al mismo, indicaron que los referidos artículos violan la reserva de ley en materia penal prevista en el numeral 6 del artículo 49 de la Constitución, al adoptar por una parte, al Petro como unidad de cuenta y, por la otra, eventualmente violentar la irretroactividad de la ley prevista en el artículo 24 de la Carta Magna.

En efecto, alegaron la falta de competencia y la ausencia de norma reguladora del Petro como unidad de cuenta fluctuante que *“permita al Presidente de la República o a órganos de la Administración Pública utilizarla”*, por ello estiman que los artículos 147.4 y 148 de la ordenanza atentan contra la reserva legal y afectan la seguridad jurídica.

Denunciaron además la invalidez que existe en su criterio respecto del artículo 91 del Código Orgánico Tributario que *“...pudiera extenderse al caso de La Ordenanza, de pretender aplicar la Alcaldía de Maracaibo supletoriamente lo previsto en aquella norma nacional, en tanto terminaría aplicándose retroactivamente la ley”*.

Además, alegaron que los artículos 71, 147.4 y 148 son violatorios de lo dispuesto en el artículo 163.4 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, dado el evidente exceso que registran las sanciones previstas en dicha normativa local.

En el escrito también indicó los vicios de nulidad por ilegalidad de la Ordenanza, al chocar con disposiciones como las contenidas en el artículo 210 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, al alterar la base imponible del ISAE.

Finalmente, solicitó la nulidad de los artículos impugnados y mientras se decide dicho recurso pidió, como medida cautelar, la suspensión de dichos artículos, pues inciden sobre un universo indeterminado o indeterminable de sujetos, en lo que respecta a los retenidos y, sobre una categoría de sujetos determinados, estos son los bancos designados como agentes de retención como su mandante, "... corriendo los riesgos propios de esa condición (...), sobre ella recae una obligación que de no ser cumplida se traduce en una responsabilidad solidaria con el contribuyente en cuanto a la obligación tributaria, así como en la posibilidad de que le sean impuestas multas..."

II

DE LA COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala determinar su competencia para conocer de la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercida conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos contra los artículos 35, párrafo segundo; 71; 147.4 y 148 de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre de 2018.

Ahora bien, resulta pertinente señalar que en cuanto a la competencia para conocer de demandas como la planteada, esta Sala advierte que ha sido ejercida una acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad, contra un acto dictado en ejecución directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que se precisa formular las siguientes consideraciones:

El artículo 334 en su último aparte de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente: "(...) *Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella (...)*".

Asimismo, el artículo 336, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece lo siguiente: "*Son*

*atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...) 2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las **ordenanzas municipales** y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella*". (Resaltado de este fallo).

Por otra parte, el numeral 2 del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, dispone que corresponde a esta Sala: "*(...) Declarar la nulidad total o parcial de las constituciones y leyes estatales, de las **ordenanzas municipales** y demás actos de los cuerpos deliberantes de los estados y municipios que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y que colidan con ella*". (Resaltado de este fallo).

Atendiendo a las disposiciones antes transcritas, esta Sala se declara competente para conocer del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido. Así se decide.

III DE LA ADMISIBILIDAD

Establecida como ha sido la competencia de esta Sala para conocer de la presente causa, la misma pasa a emitir su pronunciamiento sobre la admisión del recurso de nulidad interpuesto y, a tal efecto, observa:

Analizadas las causales de inadmisibilidad contenidas en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se observa que en el caso de autos no se configura ninguna de las causales de inadmisibilidad previstas en el referido artículo, motivo por el cual, la Sala admite el recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad ejercido conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos, contra los artículos 35, párrafo segundo; 71; 147.4 y 148 de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre de 2018. Así se decide.

Como consecuencia de dicha admisión, en virtud de lo establecido en los artículos 128 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal

Supremo de Justicia, se ordena notificar a la parte recurrente y citar, mediante oficio, al Presidente del Concejo Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, al Síndico Procurador Municipal del referido ente político territorial, así como notificar a la Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo, para que comparezcan a darse por citados ante este Tribunal Supremo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. A tales fines, remítase a los citados funcionarios copia certificada del escrito del recurso y del presente auto de admisión.

IV MEDIDA CAUTELAR

Admitido el recurso de nulidad, esta Sala observa que la parte recurrente, solicitó la suspensión de los artículos 35, párrafo segundo; 71; 147.4 y 148 de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre de 2018, y al respecto alegó la vulneración del artículo 316 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prevé lo siguiente: *“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”*.

Asimismo indicaron que la aplicación de dichas disposiciones donde se imponen obligaciones como sujetos pasivos de la obligación tributaria con la designación de agentes de retención y percepción, con la consiguiente obligación de efectuar el oportuno enteramiento y la emisión de los comprobantes que deben ser entregados a los contribuyentes establecido en los artículos objeto de nulidad, significa un grave impacto financiero para sus destinatarios, por el significativo costo que representa efectuar los ajustes tecnológicos y la gestión

operativa, como por la responsabilidad solidaria que supondrá el incumplimiento en que incurra de una norma que estiman de imposible aplicación.

Ahora bien, vista la solicitud de suspensión de efectos formuladas de los artículos impugnados en la presente causa, esta Sala estima oportuno referirse a lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que establece la potestad cautelar general de esta Sala en los siguientes términos:

Artículo 130. En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar y la Sala Constitucional podrá acordar, aún de oficio, las medidas cautelares que estime pertinentes. La Sala Constitucional contará con los más amplios poderes cautelares como garantía de la tutela judicial efectiva, para cuyo ejercicio tendrá en cuenta las circunstancias del caso y los intereses públicos en conflicto.

Esta Sala se ha pronunciado respecto de los extremos requeridos por el artículo 130 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señalando al efecto que tales requerimientos son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que, faltando la prueba de cualquiera de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.

Así pues, el juez acordará la medida preventiva solicitada cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables los resultados del juicio (*periculum in mora*), ya que en función de la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez

que se verifique el cumplimiento de los requisitos que preceptúa la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

En sentencias números 523 (caso: *Alexis Viera Brandt*), 1293 (caso: *Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*) y 2733 (caso: *Cámara de Transporte del Centro “Catacentro”*), dictadas el 8 de junio de 2000, 13 de junio de 2002 y 30 de noviembre de 2004, respectivamente, se asentó que la procedencia frente a una solicitud de medida cautelar, depende fundamentalmente de que se verifiquen ciertos requisitos, tales como la apariencia de buen derecho -*fumus boni iuris*-, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo -*periculum in mora*- y que, adicionalmente, se ponderen los intereses en conflicto.

Precisado lo anterior, debe analizarse en primer término, la concurrencia de los elementos previstos en la Ley, los cuales determinan, tal como antes se refirió, la procedencia de las medidas cautelares. En primer lugar, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación, que emana de los argumentos de inconstitucionalidad formulados; y, en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido de forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse *ipso facto* la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la lesión.

Así las cosas, al proceder la inaplicación cuando un interés de orden jurídico lo justifique, con base en el imperio del derecho y la justicia, el cual rige no sólo a favor del Estado sino también en beneficio de los particulares, esta Sala debe llevar a cabo la verificación de si en el presente caso concurren los extremos de procedencia de las medidas cautelares ya referidos –el peligro en la mora “*periculum in mora*” y la presunción de buen derecho “*fumus boni iuris*”- (*vid.* sentencia N° 756, del 5 de mayo de 2005, caso: *Defensor del Pueblo*).

En el presente caso, esta Sala observa que a la luz de las disposiciones constitucionales referidas como violadas en el escrito de nulidad, en especial la que refiere la competencia del Poder Público

Nacional en materia financiera, fiscal y económica, artículo 318 de la Carta Magna, se desprende que en principio -sin que ello implique adelantar opinión respecto de la resolución del mérito de la pretensión de nulidad y sí sólo como argumento jurídico referencial- podría existir disconformidad entre la Ordenanza impugnada, sus actos de ejecución y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se trata de una materia referida a la potestad tributaria o impositiva, que involucra preceptos que establecen algunos principios de coordinación en el ejercicio de las competencias para legislar en materia financiera, fiscal y monetaria.

De igual forma debe señalarse que, del análisis de los requisitos de Ley sobre la procedencia de la medida cautelar solicitada, se desprende, con respecto al *fumus boni iuris*, que en el caso *sub judice* el mismo emana de los argumentos de inconstitucionalidad formulados y de la obligación impuesta en una de las normas impugnadas que genera responsabilidad y consecuentes sanciones.

Por otra parte, del análisis de los argumentos de la parte actora, se advierte el peligro de infructuosidad del fallo final -*periculum in mora*- dado que sería posible, de la aplicación de la norma impugnada, causar un gravamen irreparable para todos los contribuyentes del ISAE en el Municipio Maracaibo, quienes se verán obligados a adelantar un impuesto mayor al debido; así como para los bancos como el recurrente, quienes deberán desarrollar su plataforma tecnológica para las exigencias y su incumplimiento generará responsabilidad solidaria de las obligaciones tributarias derivadas.

Respecto de la ponderación de intereses, afirma el actor que con la medida se estarían salvaguardando el servicio público que ofrecen las instituciones bancarias y se protegen los intereses generales del Municipio Maracaibo, pues se colocaría en riesgo la recaudación de recursos.

Así, dados los requisitos legales exigidos para la procedencia de la medida cautelar petitionada y con base en lo expuesto, la Sala suspende los efectos de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre

de 2018, hasta tanto se decida la causa principal, por lo que se mantiene en plena aplicación por ultractividad la Ordenanza sobre Licencia e Impuesto a las Actividades Económicas, Comerciales, Industriales, de servicio y de índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [289-2016](#), de fecha 23 de diciembre de 2016. Así se decide.

Por último, se insta a la conformación de una mesa técnica entre la Alcaldía del Municipio Maracaibo del Estado Zulia y los contribuyentes, con la finalidad de realizar el análisis de los acuerdos y diferencias respecto de las disposiciones de la Ordenanza impugnada, e informar de las resultas a esta Sala. Así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la ley, se declara:

1.- **COMPETENTE** para conocer el recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido por el abogado Juan Cristóbal Carmona Borjas, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 28.860, actuando con el carácter de apoderado judicial del **BANCO PROVINCIAL S.A. BANCO UNIVERSAL**, conjuntamente con medida cautelar de suspensión de efectos de los artículos 35, párrafo segundo; 71; 147.4 y 148 de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre de 2018.

2.- **ADMITE** el referido recurso de nulidad por inconstitucionalidad ejercido.

3.- **ORDENA** notificar a la parte recurrente y citar, mediante oficio, al Presidente del Concejo Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, al Síndico Procurador Municipal del referido ente político territorial, así como notificar a la Fiscal General de la República y al Defensor del Pueblo, para que comparezcan a darse por citados ante esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dentro de los

diez (10) días hábiles siguientes contados a partir de la publicación del cartel o de la notificación del último de los interesados. A tales fines, remítase a los citados funcionarios copia certificada del escrito del recurso y del presente auto de admisión.

4.- **ACUERDA** la medida cautelar solicitada y en consecuencia, **SUSPENDE LOS EFECTOS** de la Ordenanza de Licencia e Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio y Servicios de Índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [341-2018](#) de fecha 28 de diciembre de 2018.

5.- Se **MANTIENE EN PLENA APLICACIÓN** por ultractividad la Ordenanza sobre Licencia e Impuesto a las Actividades Económicas, Comerciales, Industriales, de servicio y de índole Similar en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en la Gaceta Municipal de Maracaibo N° [289-2016](#), de fecha 23 de Diciembre de 2016.

6.- Se **INSTA** a la conformación de una mesa técnica entre la Alcaldía del Municipio Maracaibo del Estado Zulia y los contribuyentes, con la finalidad de realizar el análisis de los acuerdos y diferencias respecto de las disposiciones de la Ordenanza impugnada, e informar de las resultas a esta Sala.

7.- **ORDENA** remitir el presente expediente al Juzgado de Sustanciación, a los fines de continuar con la tramitación del recurso.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 12 días del mes de Agosto de dos mil diecinueve (2019). Años: **209°** de la Independencia y **160°** de la Federación.

El Presidente,

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

Ponente

El Vicepresidente,

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

Los Magistrados,

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

GLADYS M. GUTIÉRREZ ALVARADO

CALIXTO ORTEGA RÍOS

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

La Secretaria,

MÓNICA ANDREA RODRÍGUEZ FLORES

19-0360

JJMJ