



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

Magistrado Ponente: **INOCENCIO ANTONIO FIGUEROA ARIZALETA**  
**Exp. Nro. 2018-0596**

Adjunto al oficio Nro. CSCA-2018-001406 de fecha 25 de julio de 2018, recibido el 18 de septiembre del mismo año, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo remitió a esta Sala el expediente contentivo de la demanda por *“reintegro e indemnización por daños y perjuicios”*, interpuesta por la abogada Cecilia del Valle Figuera, inscrita en el INPREABOGADO bajo el Nro. 32.436, actuando con el carácter de sustituta del Procurador General del Estado Amazonas, en representación del **ESTADO AMAZONAS**, contra la firma personal **CONSTRUCTORA WILYAVI, F.P.**, cuyo documento constitutivo y estatutario reposa en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Apure y Territorio Federal Amazonas, bajo el Nro. 24, de fecha 27 de enero de 1993 y la sociedad mercantil **NUEVO MUNDO INTERNACIONAL, C.A.**, cuyo documento constitutivo y estatutario cursa en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, bajo el Nro. 99, Tomo 74-A Sgdo., en fecha 27 de junio de 1983; debido al *“incumplimiento del contrato”* Nro. 329-1998, suscrito el 28 de agosto de 1998, que tenía por objeto la ejecución de la obra *“(…) CONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO SOCIAL EDUCACIONAL DE LA URB. (sic) MONSEÑOR SEGUNDO GARCÍA, PUERTO AYACUCHO, ESTADO AMAZONAS (…)”*.

La remisión se efectuó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, acerca de la consulta obligatoria, por haber declarado el Tribunal Colegiado remitente, parcialmente con lugar la demanda interpuesta, a través de la sentencia Nro. 2017-0480 del 21 de junio de 2017.

El 19 de septiembre de 2018 se dio cuenta en Sala y se designó ponente al Magistrado Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta, a los fines de decidir la consulta.

En sesión de Sala Plena del 30 de enero de 2019, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se reeligió la Junta Directiva de este Máximo Tribunal, quedando integrada esta Sala Político-Administrativa de la forma siguiente: Presidenta, Magistrada María Carolina Ameliach Villarroel; Vicepresidente, Magistrado Marco Antonio Medina Salas; la Magistrada, Bárbara Gabriela César Siero; el Magistrado, Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta; y la Magistrada, Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Realizado el estudio de las actas que conforman el presente expediente, pasa este Alto Tribunal a decidir previas las siguientes consideraciones:

## I DE LA DEMANDA

Mediante escrito presentado el 14 de noviembre de 2007, ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (U.R.D.D.) de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, la abogada Cecilia del Valle Figuera, antes identificada, actuando con el carácter de sustituta del Procurador General del Estado Amazonas, en representación del referido Estado, interpuso demanda por “*reintegro e indemnización por daños y perjuicios*”, contra la firma personal Constructora Wilyavi, F.P. y la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., con base en las siguientes consideraciones:

Señaló que en fecha 28 de agosto de 1998, entre el Estado Amazonas y la firma personal Constructora Wilyavi F.P., fue suscrito el Contrato de Obra Pública Nro. 329-1998 mediante el cual la referida constructora se comprometió “(…) *a ejecutar la obra: ‘CONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO SOCIAL EDUCACIONAL DE LA URB. MONSEÑOR SEGUNDO GARCÍA, PUERTO AYACUCHO, ESTADO AMAZONAS’ teniendo un costo de: OCHENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO BOLÍVARES CON DOS CÉNTIMOS (Bs. 84.368.244,02)*”.

Indicó que el 1° de septiembre de 1998, “(…) *la Contratista solicit[ó] prórroga para iniciar la ejecución de la obra debido a la modificación del proyecto original, que trajo como consecuencia la insuficiencia del espacio físico para la ejecución, siéndole aprobada la referida solicitud en fecha 12 de septiembre de 1998, a través de la Dirección de Infraestructura de la Gobernación del Estado Amazonas*”. (Agregado de la Sala).

Relató que el 24 de septiembre de 1998, se pagó a dicha firma personal, un anticipo contractual por un monto equivalente al treinta por ciento (30%) del valor total de la obra, que correspondía para esa fecha a la suma de veinticinco millones trescientos diez mil cuatrocientos setenta y tres bolívares con veinte céntimos (Bs. 25.310.473,20), en atención a la solicitud formulada por ésta, el 15 de septiembre del mismo año.

Alegó que “(…) *en fecha 12 de enero de 1999, se firm[ó] entre las partes (...) [el] ACTA DE INICIO DE OBRA, comenzando a correr a partir de esa fecha, el tiempo señalado en el contrato para la ejecución y terminación de la obra. (Cinco meses, contados a partir de 15 días posteriores a la firma del acta de inicio)*”. (Agregados de la Sala).

Precisó que el 5 de abril de 1999, el representante legal de la contratista solicitó “(…) *al Jefe de Inspección de la Dirección de Infraestructura de la Gobernación, que proced[ieran] a inspeccionar los trabajos de la [mencionada] obra (...)*”. (Agregados de la Sala).

Aseguró que en igual oportunidad, se le pagó a dicha empresa la otrora cantidad de veintidós millones un mil cuatrocientos veintisiete bolívares con veintinueve céntimos (Bs. 22.001.427,29), de los cuales fue deducida la suma de diez millones ciento veinte mil seiscientos cincuenta y seis bolívares con cincuenta y seis céntimos (Bs. 10.120.656,56), -indicados en el valor que para esa fecha tenía el cono monetario-, por concepto de

amortización del anticipo y retención por fiel cumplimiento, por lo que indicó que se entregó efectivamente al contratista, la entonces cantidad de once millones ochocientos ochenta mil setecientos setenta bolívares con setenta y tres céntimos (Bs. 11.880.770,73), conforme a la valuación tramitada por dicha ejecutora y aprobada por la contratante.

Denunció que a “(...) *partir de la cancelación del referido monto por el concepto señalado, [no existía] constancia de la continuación de la ejecución de la obra, ni del pago de ningún otro monto a la contratista, con lo cual se deduce que la ejecución de la obra se paralizó, y es así como en fecha 22 de enero del año 2002, la Dirección de Infraestructura de la Gobernación, solicit[ó] (...) que se defin[iera] la situación de la referida obra (...)*”. (Agregados de la Sala).

Sobre tal aspecto, agregó que el 20 de marzo de 2002, la Ingeniera que ejercía la jefatura de inspección de obras de la Dirección de Infraestructura en la demandante, remitió a la Oficina de Construcción de la misma Dirección, un informe detallado del estado que presentaba la obra para ese momento, con indicación de cuáles fueron los avances en la ejecución de los trabajos, así como de todas y cada una de las partes que faltaron por realizar, con base en lo cual recomendó la rescisión del contrato por incumplimiento de la contratista.

Puntualizó que el 16 de abril de 2006, luego de la evaluación del estado de la obra en cuestión, así como del análisis del procedimiento por incumplimiento de contrato desarrollado hasta ese momento, la Secretaria de Asesoría Jurídica, remitió el expediente a la Procuraduría General del Estado Amazonas a los fines del pronunciamiento sobre la procedencia de la rescisión del contrato, toda vez que vencieron los lapsos establecidos al efecto, sin embargo, la obra no fue ejecutada en los términos y condiciones establecidas en el documento contractual.

Señaló que mediante la Resolución Nro. 345-2006, de fecha 16 de mayo de 2006, el ciudadano Gobernador del Estado Amazonas, procedió a la rescisión del mencionado contrato de Obra Nro. 329-1998, suscrito el 28 de agosto de 1998, entre la Gobernación a su cargo y la firma personal Constructora Wilyavi, F.P.

Expresó que el representante legal de la contratista fue notificado de la anterior decisión el 13 de junio de 2006, oportunidad en la cual se le indicó el lapso otorgado para que “(...) *de manera voluntaria; reintegrara al Tesoro Estadal, el monto que [correspondía] por anticipo cancelado no amortizado [así como] las indemnizaciones y multas que legal y contractualmente debía cancelar a la Gobernación, derivados de la responsabilidad Civil y la Cláusula penal, por el incumplimiento en la ejecución de la obra (...)*” (sic). (Agregados de la Sala).

Resumió que “(...) *el contrato de Obra N° 329 (...) fue incumplido por la contratista, tanto en lo que concierne a su objeto, al no ejecutar la obra dentro de los parámetros [determinados] en el proyecto de ejecución, como al tiempo establecido para ejecutar y entregar la obra concluida, en los términos y condiciones estipulados en el contrato suscrito con el ente regional, y en consecuencia se hace acreedora de las sanciones contenidas en el cuerpo del contrato y establecidas en el Decreto 1.417, dictado por el Presidente de la República en fecha 31 de julio de 1996, publicado en Gaceta Oficial en fecha 16 de septiembre de 1996, y que rige LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS, además de los daños y perjuicios causados al estado (...)*” (sic). (Agregado de la Sala).

Alegó que verificado como resultó el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la contratista, se debían aplicar las sanciones contenidas en la cláusula séptima del Anexo “A” del referido contrato Nro. 329-1998, así como la responsabilidad (contractual) conforme a lo previsto en los artículos 1.167, 1.185 y 1.196 del Código Civil, por los daños y perjuicios que ello ha ocasionado a la contratante.

Destacó que a los fines de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la firma personal Constructora Wilyavi, F.P., y para realizar el pago del anticipo pautado, se exigió a dicha contratista, la constitución de una fianza que cubriera la totalidad del monto a ser anticipado, que para ese momento constituyó la cantidad de veinticinco millones trescientos diez mil cuatrocientos setenta y tres bolívares con veinte céntimos (Bs. 25.310.473,20). La aludida garantía fue otorgada por la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A.; sin embargo, rescindido el contrato celebrado entre las partes en virtud del incumplimiento flagrante de las obligaciones avaladas, se procedió a notificar a la afianzadora, ejerciendo el reclamo del pago correspondiente al reintegro del anticipo no ejecutado ni amortizado, sin que hasta la fecha en que se introdujo la demanda, la referida fiadora cumpliera con sus obligaciones.

Adujo que en virtud de lo anteriormente expuesto, interpuso la “*acción de reintegro e indemnización por daños y perjuicios*”, contra la firma personal Constructora Wilyavi, F.P. y la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., para que convinieran o fueran condenadas a pagar a su representada, -el Estado Amazonas-, las siguientes cantidades estimadas en el valor que para ese momento tenía nuestro cono monetario:

1º) Dieciocho millones setecientos diez mil cuarenta y cinco bolívares con un céntimo (Bs. 18.710.045,01), por concepto de reintegro del anticipo contractual, que no fue amortizado ni ejecutado en obras; 2º) la suma que resulte luego de valorar la devaluación monetaria que había sufrido dicha acreencia, -(Bs. 18.710.045,01)-, requiriendo que fuera calculada desde la celebración del contrato, -es decir, el 28 de agosto de 1998-, “(...) *hasta el momento que se [hiciera] efectivo el reintegro del anticipo no ejecutado (...)*”; 3º) los intereses generados por las cantidades que debe la contratista a su representada, solicitando que los mismos fueran calculados “(...) *desde el día 15 de septiembre de 1998, (fecha que se hizo la entrega del total del anticipo a la contratista) y la cual hasta [ese momento se encontraba] en sus manos (...)*”; 4º) la entonces cantidad de quinientos treinta y siete millones cuatrocientos veinticinco mil setecientos catorce bolívares con veintiocho céntimos (Bs. 537.425.714,28) “(...) *por concepto de la cláusula penal contemplada en la parte séptima del anexo ‘A’ del Contrato de Obra (...)*” que fue incumplido; 5º) “(...) *la suma que resulte de aplicar la actualización monetaria o indexación correspondiente a las sumas que se demandan (...)*”; y 6º) Las costas y costos judiciales que pueda generar el proceso. (Agregados de la Sala).

Finalmente, estimó la demanda en la entonces cantidad de quinientos cincuenta y seis millones ciento treinta y cinco mil setecientos cincuenta y nueve bolívares con veinte céntimos (Bs. 556.135.759,20), precisando que tal estimación se refería a “(...) *un total inicial (...) sin que esto represen[tara] la renuncia a los montos que se generen por concepto de intereses moratorios, indexación, costas y costos procesales (...)*”. (Agregado de la Sala).

## II DEL FALLO OBJETO DE CONSULTA

Mediante sentencia Nro. 2017-00480 del 21 de junio de 2017, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declaró parcialmente con lugar la demanda de “*reintegro e indemnización por daños y perjuicios*”, que interpuso la abogada Cecilia del Valle Figuera, antes identificada, actuando con el carácter de sustituta del Procurador General del Estado Amazonas, en representación del referido Estado, contra la firma personal Constructora Wilyavi, F.P. y la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., antes identificadas; cuyas pretensiones derivan en el pago de los montos correspondientes al reintegro de las cantidades recibidas por la primera de las nombradas en calidad de anticipo, que no fueron amortizadas en obras, ni reintegradas (y que se encontraban garantizadas a través de la fianza de anticipo otorgada al efecto por la segunda); el pago que resulte de aplicar la Cláusula Penal conforme al contrato; los intereses generados; así como la suma que resulte luego de calcular la devaluación monetaria de los totales reclamados, los intereses moratorios, la indexación, mas las costas y costos procesales, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La mencionada Corte observó que se desprendía de la información y demás elementos contenidos en las actas que integran el expediente de la presente causa, la existencia de evidencias suficientes para determinar los compromisos asumidos por ambas partes, así como los hechos ocurridos durante el desarrollo de la obra relacionados con la demora injustificada en el inicio de las labores objeto del contrato, que venció el lapso de ejecución sin que la contratista realizara totalmente los trabajos acordados y entregara la obra culminada conforme a lo estipulado entre las partes, considerando que los mismos se subsumen en las causales de rescisión por incumplimiento de la contratista, establecidas en los literales “a”, “d” y “e” del artículo 116 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, dictadas mediante el Decreto 1.417 de fecha 31 de julio de 1996, publicado en la Gaceta Oficial extraordinaria Nro. 5.096 de igual fecha, a las cuales se sometieron expresamente ambas partes en el documento principal del contrato Nro. 329-1998 firmado el 28 de agosto de 1998.

Analizó el acto administrativo mediante el cual la Administración demandante puso fin por incumplimiento, al referido contrato de obras, con base en los elementos probatorios cursantes en autos, de los cuales corroboró los argumentos relacionados con el contrato suscrito entre las partes por la entonces cantidad de ochenta y cuatro millones trescientos sesenta y ocho mil doscientos cuarenta y cuatro bolívares con dos céntimos (Bs. 84.368.244,02), de los cuales se pagó en calidad de anticipo, la suma de veinticinco millones trescientos diez mil cuatrocientos setenta y tres bolívares con veintinueve céntimos (Bs. 25.310.473,21), equivalentes al treinta por ciento (30%) del monto total contratado. Se evidenció que el lapso de ejecución era de cinco (5) meses, por lo que la obra debía ser entregada a entera satisfacción del organismo demandante el 28 de enero de 1999, sin embargo, con posterioridad a esa fecha, el 5 de abril del mismo año, la contratista tramitó y le fue pagada la valuación Nro.1, por la entonces cantidad de once millones ochocientos ochenta mil setecientos setenta bolívares con setenta y tres céntimos (Bs. 11.880.770,73), quedando un saldo pendiente por ejecutar de cuarenta y siete millones ciento setenta y siete mil bolívares con ocho céntimos (Bs. 47.177.000,08), -montos estimados al valor del cono monetario para la época en que ocurrieron tales hechos-.

Se corroboró igualmente, que para el momento en el cual se decidió rescindir por incumplimiento el referido contrato de obras (16 de mayo de 2006), había transcurrido en exceso el lapso de ejecución, sin embargo, la contratista solamente ejecutó la entonces cantidad de veintidós millones mil cuatrocientos veintisiete

bolívares con veintinueve céntimos (Bs. 22.001.427,29), equivalentes al veintiséis coma ocho por ciento (26,08%) de los trabajos pactados, verificándose que efectivamente ocurrió el incumplimiento en que se fundamentó la actuación administrativa y que el avance físico ejecutado por la empresa constructora no cubrió la totalidad del monto que recibió anticipadamente.

Por tal motivo, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo concluyó que la Administración demostró en autos la materialización del incumplimiento determinado en la Resolución Nro. 345-06 del 16 de mayo de 2006, resultando de tal modo procedentes los pagos reclamados por los siguientes conceptos: 1.- reintegro del anticipo no amortizado, por la entonces cantidad de dieciocho millones setecientos diez mil cuarenta y cinco bolívares con dos céntimos (Bs. 18.710.045,02), 2.- la suma que resultare de ejecutar lo acordado entre las partes mediante la cláusula penal contemplada en el anexo “A” del Contrato de Obra Pública Nro. 329-1998 de fecha 28 de agosto de 1998; 3.- los intereses moratorios; 4.- la corrección monetaria (respecto al anticipo no amortizado y la cláusula penal); 5.- A los fines de calcular las cantidades anteriormente descritas, se ordenó realizar una experticia complementaria del fallo, de conformidad con los artículos 249 y 455 del Código de Procedimiento Civil, asimismo, para la estimación de los intereses e indemnización, se especificaron siguientes parámetros: “(...) *los intereses moratorios, [serán calculados] desde el día 13 de junio de 2006, fecha en la cual la parte demandante notificó, la rescisión del contrato de obra, hasta tanto conste en autos el pago de las cantidades por anticipo no amortizado en la ejecución del presente contrato de obra pública, y la corrección monetaria aquí acordada desde el 13 de diciembre de 2007 [oportunidad en que fue admitida la demanda], hasta la fecha de la publicación del presente fallo (...)*”. (Agregados de la Sala).

Fueron desestimadas las pretensiones relacionadas con los pagos reclamados a la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., en ejecución de la fianza de anticipo otorgada para garantizar las obligaciones asumidas por la contratista que resultaron incumplidas, con base en las siguientes consideraciones:

*“(...) observa esta Corte que en el texto del contrato de fianza, se compromete la fiadora a cubrir exclusivamente el monto total que la contratista recibió en calidad de anticipo, esto es el treinta por ciento (30%) del costo total de la obra, sujeta pues, al plazo estipulado en el contrato principal, pero para efectos del presente negocio jurídico se emitió el contrato de fianza con la vigencia máxima de un (1) año [ver artículo 4 de las condiciones generales del contrato de fianza], (sic) es decir desde el 28 de agosto de 1.998 [fecha de la firma del contrato de ejecución de obra] hasta el 28 de agosto de 1.999 fecha en la que culmina el lapso de un año cubierto por el contrato de fianza. Por otro lado en dicho contrato de fianza se convino la posibilidad de renovar la fianza, siempre y cuando se cumplan (sic) el requisito allí estipulado, es decir que se cancele el pago de la prima de renovación y que la sociedad mercantil que funge como fiadora solidaria y principal pagadora de la contratista apruebe la renovación.*

*Sumado a lo anterior, en el artículo 10 de las condiciones generales, del contrato de fianza, el beneficiario [hoy parte demandante], quedó obligado a comunicar a la fiadora inmediatamente tenga conocimiento que la contratista [Constructora Wilyavi F.P.] esté en dificultades de cualquier naturaleza y en general de cualquier acto o hecho que le permita presumir que la contratista maneja desordenadamente sus finanzas; obligándose también a suspender todo pago a la contratista al observar que la ejecución de la obra presenta atraso con relación a los programas o términos aprobados aun cuando todavía no se puedan denominar incumplimiento propiamente dicho, cuestión que no se evidencia, después del estudio de los autos que conforman el expediente judicial.*

*Entonces, en virtud de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes [vid. Artículo 1.159 del Código Civil], siendo que para el momento en que se firmó el contrato de fianza las partes intervinientes estaban en pleno conocimiento de su normativa, consecuentemente aceptando y sometiéndose a su fuerza obligatoria; estando en conocimiento la Contratante y la Contratista [de] la vigencia del contrato, de la misma forma que se encontraban en conocimiento de que la ejecución de la obra se prorrogó en fecha 14 de septiembre de 1.999 y 21 de diciembre del mismo año, debían solicitar la renovación del contrato de fianza en los términos convenidos, cuestión que no se evidencia de autos, aunado al hecho de [que] la hoy demandante al observar los inconvenientes presentados por la contratistas (sic) en la ejecución de la obra, debió notificarlos inmediatamente a la afianzadora, situación que tampoco se verifica de autos, sino hasta el año 2006 cuando en uso de sus facultades decide rescindir unilateralmente el contrato de obra pública con aproximadamente siete (7) años y ocho (8) meses posterior a la firma del mismo, encontrándose extinguido el lapso de cobertura de la fianza, sin la solicitud y aprobación de renovación del referido contrato de fianza; razón de lo cual (sic) la sociedad mercantil Nuevo Mundo International C.A., se encuentra exenta de pago alguno. Así se declara (...)*. (Agregados de la Sala).

Asimismo, se negaron los pedimentos relacionados con “(...) la indexación de la cantidad que corresponde por concepto de intereses de mora (...)”, toda vez que los mismos no son susceptibles de indexación conforme al criterio sostenido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, contenido en la sentencia Nro. 438 del 28 de abril de 2009 (caso: *Giancarlo Virtoli Billi*), así como las costas procesales.

De este modo, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, declaró parcialmente con lugar la demanda por “*reintegro e indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de Contrato de Obra*”.

Finalmente, se ordenó remitir una copia certificada de la referida decisión, al Servicio Nacional de Contrataciones.

### **III CONSIDERACIONES PARA DECIDIR**

Corresponde a esta Alzada analizar si resulta procedente conocer en consulta, conforme a lo previsto en el artículo 84 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la sentencia Nro. 2017-00480 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 21 de junio de 2017, que declaró parcialmente con lugar la demanda por “*reintegro e indemnización por daños y perjuicios*”, interpuesta por la abogada Cecilia del Valle Figuera, actuando con el carácter de apoderada judicial de la Procuraduría General del Estado Amazonas, representando al Estado Amazonas, contra la firma personal Constructora Wilyavi, F.P., y la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A.

En tal sentido, se observa que a tenor de lo establecido en la mencionada norma “*Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente*”, de lo cual se desprende que cuando la decisión de instancia contraríe las pretensiones procesales de la República, la sentencia debe ser consultada ante el órgano de Alzada competente.

A tal efecto, debe traerse a colación el criterio sentado por esta Máxima Instancia en sus sentencias Nros. 0812 y 0813, ambas de fecha 22 de junio de 2011, casos: *C.A. Radio Caracas Televisión (RCTV)* y *Corporación*

*Archivos Móviles Archimovil, C.A.*, ratificado entre otros, en el fallo Nro. 0701 del 14 de mayo de 2014, en el cual se hizo un análisis de la mencionada prerrogativa procesal, a la luz de lo señalado por la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal (*Vid*, sentencias Nros. 01107 y 02157 del 8 de junio y 16 de noviembre de 2007, casos: *Procuraduría General del Estado Lara y Nestlé Venezuela, C.A.*, respectivamente), donde se indicó lo que a continuación se transcribe:

*“En el ordenamiento jurídico venezolano, la institución de la consulta ha sido estatuida como un mecanismo de control judicial en materias cuya vinculación con el orden público, constitucional y el interés general ameritan un doble grado de cognición. De esta forma, constituye un medio de revisión judicial o de examen de la adecuación al derecho, más no un supuesto de impugnación o ataque de las decisiones judiciales.*

*Conviene asimismo puntualizar, que la consulta obligatoria de un fallo judicial, cuando es concebida como prerrogativa procesal a favor del Estado, presupone una flexibilización al principio de igualdad entre las partes en litigio, sin embargo, su principal finalidad no es reportar al beneficiario ventajas excesivas frente a su oponente, sino lograr el ejercicio de un control por parte de la alzada sobre aspectos del fallo que por su entidad inciden negativamente en principios que interesan al orden público.*

*Por esta razón, el examen de juridicidad encomendado en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 2008, no puede generar una cognición en segunda instancia más extensa que la producida por el ejercicio de los medios de impugnación previstos en la leyes aplicables y que, por causas inherentes a los titulares de esta prerrogativa, no han sido interpuestos en las oportunidades procesales correspondientes.*

*Así, tal instituto jurídico, se insiste, consiste en un mecanismo que busca preservar la juridicidad efectiva del fallo, en supuestos estrictamente vinculados a los altos intereses del Estado, vale decir, aquellos relacionados con el orden público, constitucional y el interés general: 1) desaplicación de normas constitucionales; 2) violaciones de criterios e interpretaciones vinculantes emanadas de la Sala Constitucional de este Alto Tribunal; 3) resguardo de la propia jurisdicción; 4) quebrantamientos de formas esenciales en el proceso, y 5) prerrogativas y privilegios procesales conferidos a favor de la República (...).”*

En sintonía con lo expuesto, el artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 39.140 de fecha 17 de marzo de 2009), vigente para la fecha de emisión de la sentencia consultada, establece que *“Los Estados tendrán, los mismos privilegios y prerrogativas fiscales y procesales de que goza la República”*.

Formuladas las anteriores precisiones y en razón de que en el presente caso se declaró parcialmente con lugar la demanda, resultando desestimadas las pretensiones de los pagos reclamados a la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., en ejecución de la fianza de anticipo otorgada para garantizar las obligaciones asumidas por la contratista que fueron incumplidas, así como los pedimentos relacionados con *“(...) la indexación de la cantidad que corresponde por concepto de intereses de mora (...)”*, produciéndose así una sentencia definitiva que resultó parcialmente contraria a las pretensiones del Estado Amazonas, esta Sala considera **procedente** pasar a conocer en consulta la sentencia Nro. 2017-0480 del 21 de julio de 2017, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. (*Vid*, sentencias Nros. 0853 y 0654 de fechas 9 de agosto de 2016 y 7 de junio de 2018, respectivamente). **Así se declara.**



En virtud de la declaratoria anterior y circunscribiéndonos al análisis en consulta a las exigencias de orden público, constitucional y de interés general señalados en el referido criterio jurisprudencial al caso bajo análisis, esta Máxima Instancia constata que: **a)** se trata de una sentencia definitiva; **b)** dicho fallo resultó parcialmente contrario a las pretensiones del Estado Amazonas, por cuanto declaró improcedentes las reclamaciones de pago contra la fiadora, sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., así como los pedimentos relacionados con “(...) *la indexación de la cantidad que corresponde por concepto de intereses de mora (...)*”.

Asimismo, siendo que la demanda fue interpuesta con ocasión al presunto incumplimiento de un contrato de obra pública que tenía por objeto la “*CONSTRUCCIÓN DEL COMPLEJO SOCIAL EDUCACIONAL DE LA URB. (sic) MONSEÑOR SEGUNDO GARCÍA, PUERTO AYACUCHO, ESTADO AMAZONAS*”, se verificó igualmente el interés general, toda vez que adicionalmente a la afectación económica que produce en el patrimonio público el incumplimiento de un contrato de tal naturaleza, la obra que resultó incumplida se encontraba dirigida a garantizar el derecho a la educación de la población de la entidad administrativa demandante; en razón de ello, a juicio de esta Alzada, procede el conocimiento en consulta de la parte de la Sentencia Nro. 2017-00480 del 21 de junio de 2017, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que resultó contraria a los intereses del Estado Amazonas demandante. **Así se decide.**

Determinado lo anterior, pasa esta Sala a conocer los aspectos que resultaron contrarios a los intereses de la demandante, siendo el primero de ellos, las mencionadas razones en las que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo fundamentó la decisión contenida en la sentencia Nro. 2017-00480 dictada el 21 de junio de 2017, al considerar que “(...) *la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional C.A., se enc[ontraba] exenta de pago alguno (...)*”: (Agregado de la Sala).

Ello así, en el fallo bajo estudio se observa que no obstante haber determinado fehacientemente el incumplimiento contractual en el que incurrió la contratista afianzada, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, acogiendo las defensas esgrimidas por la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., declaró lo siguiente:

*“(...) observa esta Corte que en el texto del contrato de fianza, se compromete la fiadora a cubrir exclusivamente el monto total que la contratista recibió en calidad de anticipo, esto es el treinta por ciento (30%) del costo total de la obra, sujeta pues, al plazo estipulado en el contrato principal, pero para efectos del presente negocio jurídico se emitió el contrato de fianza con la vigencia máxima de un (1) año [ver artículo 4 de las condiciones generales del contrato de fianza], (sic) es decir desde el 28 de agosto de 1.998 [fecha de la firma del contrato de ejecución de obra] hasta el 28 de agosto de 1.999 fecha en la que culmina el lapso de un año cubierto por el contrato de fianza. Por otro lado en dicho contrato de fianza se convino la posibilidad de renovar la fianza, siempre y cuando se cumplan (sic) el requisito allí estipulado, es decir que se cancele el pago de la prima de renovación y que la sociedad mercantil que funge como fiadora solidaria y principal pagadora de la contratista apruebe la renovación.*

*Sumado a lo anterior, en el artículo 10 de las condiciones generales, del contrato de fianza, el beneficiario [hoy parte demandante], quedó obligado a comunicar a la fiadora inmediatamente tenga conocimiento que la contratista [Constructora Wilyavi F.P.] esté en dificultades de cualquier naturaleza y en general de cualquier acto o hecho que le permita presumir que la contratista maneja desordenadamente sus finanzas; obligándose también a suspender todo pago a la contratista al observar que la ejecución de la obra presenta*

*atraso con relación a los programas o términos aprobados aun cuando todavía no se puedan denominar incumplimiento propiamente dicho, cuestión que no se evidencia, después del estudio de los autos que conforman el expediente judicial.*

*Entonces, en virtud de que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes [vid. Artículo 1.159 del Código Civil], siendo que para el momento en que se firmó el contrato de fianza las partes intervinientes estaban en pleno conocimiento de su normativa, consecuentemente aceptando y sometiéndose a su fuerza obligatoria; estando en conocimiento la Contratante y la Contratista [de] la vigencia del contrato, de la misma forma que se encontraban en conocimiento de que la ejecución de la obra se prorrogó en fecha 14 de septiembre de 1.999 y 21 de diciembre del mismo año, debían solicitar la renovación del contrato de fianza en los términos convenidos, cuestión que no se evidencia de autos, aunado al hecho de [que] la hoy demandante al observar los inconvenientes presentados por la contratistas (sic) en la ejecución de la obra, debió notificarlos inmediatamente a la afianzadora, situación que tampoco se verifica de autos, sino hasta el año 2006 cuando en uso de sus facultades decide rescindir unilateralmente el contrato de obra pública con aproximadamente siete (7) años y ocho (8) meses posterior a la firma del mismo, encontrándose extinguido el lapso de cobertura de la fianza, sin la solicitud y aprobación de renovación del referido contrato de fianza; razón de lo cual (sic) la sociedad mercantil Nuevo Mundo International C.A., se encuentra exenta de pago alguno. Así se declara (...). (Agregados de la Sala).*

De la transcripción parcial que antecede, se desprende que el Juzgador de instancia decidió que la acción no podía ser interpuesta contra dicha fiadora por dos razones, a saber: i) estimó que la garantía otorgada se “extinguió” por presuntamente haberse emitido “(...) con la vigencia máxima de un (1) año [ver artículo 4 de las condiciones generales del contrato de fianza], (sic) es decir desde el 28 de agosto de 1.998 [fecha de la firma del contrato de ejecución de obra] hasta el 28 de agosto de 1.999 fecha en la que culmina el lapso de un año cubierto por el contrato de fianza (...)”; ii) consideró que el Estado Amazonas no cumplió con la notificación oportuna de lo indicado en el artículo 10 de las referidas Condiciones establecidas en el Contrato de Fianza por la fiadora, relacionadas con “(...) cualquier acto o hecho que le [permitiera] presumir que la contratista maneja[ba] desordenadamente sus finanzas (...)” o presentara dificultades (sin importar la naturaleza de las mismas). (Agregados de la Sala).

**i) Con respecto a la presunta “extinción” de la garantía otorgada:**

Se observa que riel inserto a los folios 31 y 32 de la pieza 1 del expediente de la presente causa, copia del contrato de fianza de anticipo Nro. AN-0922-98, otorgado por ante la Notaría Pública Trigésima Primera del Municipio Libertador del entonces Distrito Federal, hoy Distrito Capital, el 24 de septiembre de 1998, autenticado bajo el Nro. 80, Tomo 74 del Libro de Autenticaciones correspondiente a ese mismo año, bajo los siguientes términos:

*“(...) OSCAR MOSQUERA (...), actuando en [su] carácter de APODERADO de la sociedad mercantil ‘NUEVO MUNDO INTERNATIONAL, C.A.’, (...) por el presente documento declar[a] que [su] representada se constituye en fiadora solidaria y principal pagadora de la firma personal CONSTRUSTORA ‘WILYAVI’ (...) para garantizar [al Estado Amazonas], el ANTICIPO equivalente al 30% del monto total del contrato N° 329 del 28-08-98, celebrado entre ellos, por la suma de VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS DIEZ MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES BOLÍVARES CON 20/100 (Bs. 25.310.473,20), le hará el EJECUTIVO DEL ESTADO AMAZONAS, en lo sucesivo denominado ‘EL BENEFICIARIO’, para la ejecución de la obra*

*‘CONSTRUCCIÓN COMPLEJO SOCIAL EDUCACIONAL EN LA URB. MONSEÑOR SEGUNDO GARCÍA PUERTO AYACUCHO. ESTADO AMAZONAS’.- Esta fianza empezará a regir a partir de la firma del contrato y estará vigente **hasta el total reintegro del ALUDIDO ANTICIPO**, podrá prorrogarse (PREVIO CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 4to. DE LAS CONDICIONES GENERALES) (...)*”. (Negrillas y agregados de la Sala, ver folio 31 de la pieza 1 del expediente).

De allí que la empresa Nuevo Mundo International, C.A., se constituyó en fiadora solidaria y principal pagadora de la firma personal Constructora Wilyavi, F.P., precisamente para garantizar al contratante, el reintegro del monto total otorgado en calidad de anticipo a dicha contratista en el caso de producirse el incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Asimismo, respecto a la vigencia del aval bajo estudio, se colige de la transcripción precedentemente que la misma inició a partir del otorgamiento de la fianza de anticipo Nro. AN-0922-98 (el 24 de septiembre de 1998) y se extinguiría cuando el monto pagado a la contratista en calidad de anticipo fuera ejecutado en obras o reintegrado totalmente a entera satisfacción del organismo contratante, es decir, con el cumplimiento o la extinción de la obligación principal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.830 del Código Civil venezolano y en el documento principal de la fianza parcialmente transcrita.

Ahora bien, en su escrito de contestación a la demanda, la sociedad mercantil Nuevo Mundo International, C.A., invocó una cláusula de las Condiciones Generales del contrato de fianza de anticipo Nro. AN-0922-98 (folio 31 vto.), con el siguiente texto:

*“**Artículo 4.** Aunque la vigencia de esta fianza está sujeta al plazo del contrato, ésta es una fianza definida y cubre exclusivamente las obligaciones del contrato principal suscrito entre el BENEFICIARIO y el AFIANZADO, originadas por el último de los nombrados dentro del lapso de vigencia estipulado. La vigencia de esta fianza se extiende a toda la duración de la vigencia del contrato principal, no obstante lo cual este documento se emite por un período de un año como máximo, el cual será renovable, siempre y cuando se haya efectuado el pago de la prima de renovación y ésta haya sido previamente aprobada por la COMPAÑÍA”.*

De la simple lectura efectuada a la cláusula transcrita se desprende en primer lugar, una flagrante contradicción a lo establecido en el documento principal del contrato de fianza anteriormente identificado, al señalar que el documento contentivo de la fianza “se emite por un período de un año como máximo” e imponer condiciones para su renovación.

En este punto, esta Máxima Instancia estima necesario prestar atención a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico respecto a los contratos de fianza y en tal sentido, debe destacarse que nuestro Código Civil no contiene una definición precisa de lo que es la Fianza, sin embargo, en su artículo 1804, establece la obligación contraída por el fiador, al señalar:

*“**Artículo 1.804.** Quien se constituye en fiador de una obligación, queda obligado para con el acreedor a cumplirla, si el deudor no la cumple”.*

Con fundamento en la precedente disposición legal, se ha definido a la fianza como un contrato, mediante el cual una persona (denominada fiador), se obliga ante un tercero (el acreedor), a subsanar una obligación en caso de que el deudor no la cumpla, de allí que estamos en presencia de un contrato

caracterizado por ser unilateral, toda vez que sólo se obliga el fiador a responder ante el acreedor en caso de que el obligado principal (el deudor) no cumpla con el compromiso afianzado, compromiso que fue establecido a través de un contrato de adhesión y accesorio, que se constituye precisamente para garantizar el cumplimiento de una obligación válida, por ello debe ser expreso y no puede exceder del monto que adeuda el obligado principal (conforme a lo establecido en los artículos 1805 al 1808 *eiusdem*).

En el caso bajo estudio, la fianza de anticipo Nro. AN-0922-98, es pues, accesoria al contrato de obra pública Nro. 329-1998, otorgado unilateralmente por la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., para garantizar al Estado Amazonas, el reintegro del monto total recibido por la firma personal Constructora Wilyavi, F.P.

Respecto a la “extinción” de la obligación asumida por el fiador, es menester observar el texto normativo contenido en el artículo 1830, así como en los artículos 1282 y 1354 del mencionado Código Civil que determinan lo siguiente:

*“Artículo 1.830. La obligación del fiador se extingue por la extinción de la obligación principal y por las mismas causas de las demás obligaciones”.*

*“Artículo 1.282. Las obligaciones se extinguen por los medios a que se refiere este Capítulo y por los demás que establezca la Ley”.*

*“Artículo 1.354. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”.*

De lo expuesto se colige que el deber del fiador se extingue únicamente cuando desaparece la obligación principal, es decir, que la vigencia del contrato de fianza, necesariamente se encuentra atada a la de la obligación garantizada, por lo que en este caso, al tratarse de una fianza de anticipo, tal hecho solo se produciría bien en virtud del cumplimiento por parte del contratista afianzado a través de la ejecución en obras del monto total garantizado, o en su defecto, por las mismas causas de extinción las demás obligaciones, vale decir, el pago de las cantidades correspondientes al anticipo no ejecutado, la novación, la remisión de la deuda, la compensación y la confusión.

Por otra parte, en el Título XVII del Código de Comercio venezolano, se establecen las normas que rigen al contrato de la fianza mercantil, determinando que tienen tal carácter, cuando su objeto es el de asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil; el requisito formal (escrito) de la fianza, la posibilidad de que el fiador estipule una retribución por la responsabilidad que asume de manera solidaria al señalar lo siguiente:

*“Artículo 544.- La fianza es mercantil, aunque el fiador no sea comerciante, si tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación mercantil.*

*Artículo 545.- Debe celebrarse necesariamente por escrito, cualquiera que sea su importe.*

*Artículo 546.- El fiador puede estipular una retribución por la responsabilidad que toma sobre sí.*

*Artículo 547.- El fiador mercantil responde solidariamente como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de excusión, ni el de división”.*

De igual modo, el artículo 107 *eiusdem* establece que:

**“Artículo 107.-** *En las obligaciones mercantiles se presume que los codeudores se obligan solidariamente, si no hay convención contraria.*

*La misma presunción se aplica a la fianza constituida en garantía de una obligación mercantil aunque el fiador no sea comercial (...).”*

De las normas transcritas, así como del estudio efectuado al contrato de fianza de anticipo Nro. AN-0922-98 en su conjunto, nota este Órgano Jurisdiccional, que el mismo además de ser accesorio al contrato de obra pública Nro. 329-1998, es de los denominados contratos de adhesión, caracterizados por la atenuación del principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que sus cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que al otro contratante no le está dado discutirlos, debiendo limitarse a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero o negarse a celebrar el negocio jurídico (ver sentencias de esta Sala Nros. 727 y 01621 de fechas 19 de julio de 2016 y 22 de octubre de 2003, respectivamente).

En sintonía con lo anterior, los artículos 53 y 54 de las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996, aplicable *ratione temporis*, ordena:

**“Artículo 53.-** *El Ente Contratante en los casos en los cuales se hubiese establecido en el contrato, entregará al Contratista en calidad de anticipo, el porcentaje del monto del contrato que se hubiese establecido en el documento principal.*

*Para proceder a la entrega del anticipo, el Contratista deberá presentar una fianza de anticipo por el monto establecido en el documento principal, emitida por una compañía de seguros o institución bancaria de reconocida solvencia, a satisfacción del Ente Contratante y según texto elaborado por éste, dentro del lapso de inicio de la obra.*

(...omissis...)

*A los fines de amortizar progresivamente el monto del Anticipo concedido hasta su total cancelación, el Ente Contratante establecerá el porcentaje a deducirse de cada valuación a pagar al Contratista.*

**Artículo 54.** *El monto de la fianza de anticipo se reducirá progresivamente en la misma medida en que se fuere amortizando. En ningún caso el monto de la Fianza de Anticipo podrá ser inferior a la parte no amortizada de éste”.*

A través de los dispositivos normativos transcritos, el legislador impuso al contratista a los fines de obtener el monto acordado en el contrato en calidad de anticipo y para garantizar al organismo contratante el cumplimiento de sus obligaciones, o en su defecto, el reintegro de la cantidad anticipada, el deber de presentar una fianza suficiente que cubra el monto total acordado por tal concepto, de tal manera que la obligación del fiador se reducirá progresivamente en la misma manera en que se fuere amortizando el anticipo y en ningún caso ese monto afianzado podrá ser inferior a la parte no justificada en obras del anticipo pagado, según el régimen de amortización establecido entre las partes.

Ello así, para considerar extinguida la obligación del fiador, es menester evidenciar a través de los medios probatorios correspondientes (las valuaciones de obra ejecutada), que se ha extinguido la obligación

principal garantizada, lo cual en el presente caso según se desprende de los autos, no ocurrió, por el contrario, el juzgador de instancia evidenció que la contratista incumplió sus obligaciones por no haber ejecutado a cabalidad la obra objeto del contrato Nro. 329-1998, evidenciando que estaba pendiente por amortizar del anticipo contractual avalado por la fianza de anticipo Nro. AN-0922-98, la entonces cantidad de dieciocho millones setecientos diez mil cuarenta y cinco bolívares con dos céntimos (Bs. 18.710.045,02), lo cual fue verificado igualmente por esta Alzada. **Así se declara.**

Por las razones expuestas, de conformidad con las normas analizadas aplicables a los contratos de fianza y a diferencia de lo decidido en el fallo consultado, no solamente resulta erróneo pensar que la obligación de pago de la retribución pretendida por la fiadora pueda pesar sobre el acreedor de la garantía (ya que en todo caso, correspondería al contratista tomador de la fianza), sino que además no puede pretenderse que la ausencia de pago de esa carga tenga la capacidad de dejar sin efecto el derecho del acreedor a reclamar la ejecución de la misma si el obligado principal no cumple y menos aún puede entenderse “*extinguida*” la obligación asumida por la referida sociedad mercantil a través del contrato de fianza solamente por el transcurso del tiempo; motivos por los cuales, esta Alzada difiere de lo decidido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en la sentencia revisada sobre la presunta “*extinción*” de la fianza, toda vez que tal disposición contraviene lo estipulado en el artículo 1.830 del Código Civil precedentemente transcrito. En consecuencia, se revoca el referido pronunciamiento. **Así se decide.**

## ii) De la notificación oportuna al fiador:

El segundo aspecto conforme al cual fue negada la reclamación contra la fiadora por el juzgador de instancia, se refiere al hecho que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en el fallo consultado consideró que el Estado Amazonas no cumplió con la notificación oportuna a que se refiere el artículo 10 de las referidas Condiciones Generales del contrato de fianza de anticipo que nos ocupa, siendo esta una de las razones por las cuales declaró que “*(...) la sociedad mercantil Nuevo Mundo International C.A., se enc[ontraba] exenta de pago alguno (...)*”. (Agregado de la Sala).

Sobre este aspecto, la sentencia consultada señaló que:

*“(...) la hoy demandante al observar los inconvenientes presentados por la contratistas (sic) en la ejecución de la obra, debió notificarlos inmediatamente a la afianzadora, situación que tampoco se verifica de autos, sino hasta el año 2006 cuando en uso de sus facultades decide rescindir unilateralmente el contrato de obra pública con aproximadamente siete (7) años y ocho (8) meses posterior a la firma del mismo, encontrándose extinguido el lapso de cobertura de la fianza, sin la solicitud y aprobación de renovación del referido contrato de fianza; razón de lo cual (sic) la sociedad mercantil Nuevo Mundo International C.A., se encuentra exenta de pago alguno. Así se declara (...)*”. (Agregados de la Sala).

Vale decir, consideró el *a quo* que se había producido el fenecimiento de la acción en virtud de que a su parecer, la Administración demandante no cumplió con la “*obligación*” de notificar oportunamente a la fiadora conforme a lo establecido en la mencionada cláusula del contrato de fianza, señalando al respecto que “*(...) la hoy demandante al observar los inconvenientes presentados por la contratista en la ejecución de la obra, debió*

*notificarlos inmediatamente a la afianzadora, situación que tampoco se verifica de autos, sino hasta el año 2006 cuando en uso de sus facultades decide rescindir unilateralmente el contrato de obra pública (...)*”.

La invocada cláusula del contrato de fianza señala lo siguiente:

*“Artículo 10. El BENEFICIARIO se obliga a comunicar a la COMPAÑÍA inmediatamente de que tenga conocimiento de que el AFIANZADO tiene dificultades financieras o de cualquier naturaleza tales como protesto de letras, giro de cheques sin fondos, atrasos en sus pagos, quiebra y en general de cualquier acto o hecho implique o le permita razonablemente presumir que el AFIANZADO maneja desordenadamente sus finanzas o incurre en actos de despilfarro, excesiva liberalidad en la administración, créditos o fallas en la administración general de sus negocios o de su empresa. Asimismo, el BENEFICIARIO se obliga a suspender todo pago al AFIANZADO a partir del momento en que cualquiera de los hechos mencionados haya tenido lugar o de que se observe que la ejecución de la obra motivo del contrato principal, acusa cualquier tipo de atraso con relación a los programas o términos aprobados aun cuando todavía no se pueda denominar a los mismos incumplimiento propiamente dicho. La falta de cumplimiento de esta condición por cualquier motivo y en cualquier extensión, se considerará como agravación del riesgo y sus consecuencias quedaran automáticamente excluidas de la cobertura de esta fianza”.*

De la anterior transcripción se desprende que la notificación en tiempo oportuno al fiador contenida en el referido artículo 10 de las Condiciones Generales del contrato de fianza que nos ocupa, persigue solamente que se informe a la fiadora de cualquier hecho, conocido por el acreedor, capaz de dar lugar a la insolvencia de la deudora principal o al reclamo cubierto por la referida garantía; en otras palabras, persigue permitir a dicha sociedad prepararse ante la posibilidad de gestionar el pago de las cantidades objeto del compromiso asumido por el garante, sin embargo, en criterio de la Sala, hacer depender el ejercicio de un derecho (para exigir la cantidad afianzada) de una notificación que debe efectuarse “*de inmediato*”, no puede restringir el derecho que tiene la demandante de exigir el pago del monto del anticipo no ejecutado que se encontraba avalado, por cuanto negaría a la acreedora toda posibilidad de plantear una controversia que le permita exponer las razones que le asisten y obtener, de ser el caso, el pago de la cantidad dineraria garantizada.

De allí que se debe insistir en el criterio reiterado pacíficamente por este Máximo Tribunal conforme al cual es la rescisión del contrato -que en este caso fue notificada a la contratista en fecha 13 de junio de 2006-, la circunstancia cuyo acaecimiento autoriza al ente administrativo (como acreedor en la relación jurídica nacida del contrato de obras) a exigir el pago del monto asegurado por la fianza y no “*cualquier hecho*” conocido por el acreedor, que permita presumir que el deudor principal tiene dificultades financieras o que pudiera dar lugar a la insolvencia de la deudora principal; toda vez que la sola paralización de la obra pudo ser advertida por el ente contratante, sin que por tal motivo tuviese necesariamente que plantearse la rescisión del contrato de obra, pues también tenía la opción de esperar la reanudación si así lo estimaba conveniente. (*Vid.* Sentencia de esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 0727 del 19 de julio de 2016).

Ello así, al evidenciarse que el acto de rescisión identificado como Resolución Nro. 345 emanado del Estado Amazonas data del 16 de mayo de 2006 (folios 22 al 26 de la pieza Nro. 1 del expediente judicial), así como de las actas que integran el expediente de la presente causa se desprende que los correspondiente oficios

de notificación dirigidos tanto a la contratista que resultó incumplida, como a la fiadora, fueron elaborados en esa misma fecha (folios 27 al 30 de la misma pieza), es decir, de forma tempestiva.

Asimismo y a diferencia de lo establecido por el Juzgador de primera instancia, en casos similares al que nos ocupa, esta Sala ha determinado de manera pacífica y reiterada que no hay lugar para inferir que la omisión del señalado trámite, impida a la acreedora, exigir de ser el caso, la ejecución de la fianza y que ésta le sea otorgada, toda vez que si bien se establece que dicha notificación debe ser realizada, la omisión del referido trámite no puede impedir a la acreedora de la fianza reclamar el pago de la acreencia garantizada, porque ello redundaría negativamente en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia. (Ver entre otras, la sentencia de esta Sala Nro. 727 del 19 de julio de 2016).

Así fue determinado por esta Máxima Instancia en un caso similar al de autos en el cual mediante la sentencia Nro. 01621 de fecha 22 de octubre de 2003, indicó:

*“(...) Según la parte demandada, la obligación que contrajo con el Municipio Autónomo Zamora del Estado Miranda mediante el contrato de fianza, estaba condicionada a la circunstancia de que dicho ente le notificara la ocurrencia **de cualquier hecho que pudiera dar origen al reclamo de la cantidad garantizada por la fianza, cuestión que debió ser efectuada dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ocurrencia del referido hecho, tal como lo prevé el artículo 2 de las Condiciones Generales del contrato.** (...) Por ello, explica que en virtud del incumplimiento de la notificación en el lapso contractualmente establecido, debe concluirse que el Municipio Autónomo Zamora no tiene derecho a exigirle el pago de cantidad alguna. (...) Vista la cláusula anterior, así como el contrato de fianza en su conjunto, nota la Sala que el presente es de los denominados contratos de adhesión, caracterizados por la atenuación del principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que sus cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que al otro contratante no le está dado discutir las, debiendo limitarse a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero o negarse a celebrar el negocio jurídico. La cláusula transcrita en el documento en estudio, tiene su razón de ser en la carga que impone a la fiadora el artículo 115, literal c) de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, de obligar al acreedor a notificarla de todo hecho o circunstancia que pueda dar origen al reclamo, tan pronto tenga conocimiento de ello. La misma tiene por objeto preparar o informar anticipadamente a la aseguradora de un eventual reclamo suscitado a partir del hecho que se le da a conocer. Ahora bien, esta Sala no comparte el criterio de la representación de Seguros Bancentro, C.A., según el cual el municipio demandante perdió su derecho a pretender el pago afianzado por concepto de anticipo al no dar cumplimiento a la segunda cláusula de las Condiciones Generales del contrato de fianza, que le imponía la obligación de notificar a Seguros Bancentro C.A. de la paralización de la obra dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que conoció de dicha circunstancia, pues, como ya se dijo, tal actuación sólo tiene el fin de informar a la aseguradora de un hecho que podría dar lugar a un reclamo cubierto por el contrato; en otras palabras, la notificación le permite a dicha sociedad prepararse ante la posibilidad de gestionar el pago de las cantidades a que se refiere la fianza. **De manera que, en criterio de la Sala, hacer depender el ejercicio de un derecho (para exigir la cantidad afianzada) de una notificación que debe efectuarse en un lapso de 15 días hábiles por acuerdo entre partes, si bien no restringe el derecho de accionar propiamente dicho (pues no impide que el municipio interponga demanda contra Seguros Bancentro, C.A.), lleva implícita una grave limitación a su ejercicio, por cuanto niega a la acreedora toda posibilidad plantear una controversia que le permita exponer las razones que le asisten y obtener, de ser el caso, el pago de la cantidad dineraria garantizada. Así, de aceptarse el argumento de la sociedad accionada, habría que entender que el transcurso del referido plazo sin que el municipio informe a la afianzadora de la ocurrencia de las circunstancias***



*indicadas en la cláusula segunda de las Condiciones Generales del contrato de fianza, generaría a dicho ente territorial una sanción que se manifestaría en un menoscabo del derecho de plantear su pretensión, lo que en otras palabras se traduce en una lesión al derecho que tiene todo ciudadano de exigir ante los órganos de administración de justicia (...) la subordinación de un interés ajeno al propio. Esta solución sería contraria a la noción de justicia material, según la cual el acceso a la justicia es para que el ciudadano haga valer sus derechos y pueda obtener una tutela efectiva de ellos de manera expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, tal como lo establece el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (...) **Dicha obligación le fue impuesta al municipio, no obstante que su inejecución no puede producir consecuencia jurídica alguna** (...) Por tanto, considera la Sala que no puede prosperar la defensa de la representación de la sociedad demandada, según la cual la omisión en que habría incurrido el municipio (al no realizar la notificación), daría lugar a la imposibilidad de reclamar la cantidad afianzada que le fuera otorgada a Constructora Chistorra 70, C.A. por concepto de anticipo (...)*". (Destacado de esta Sala).

Por tanto, tomando en cuenta que en efecto la citada estipulación contractual le fue impuesta al Estado contratante mediante el contrato de adhesión a través del cual fue otorgada la fianza, no obstante, que su inejecución no puede afectar el derecho de dicha acreedora de plantear ante los órganos jurisdiccionales (en este caso la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo) la ejecución de la fianza, que constituye parte del objeto de la pretensión hecha valer por la actora, por cuanto tal limitación sería contraria a la noción de justicia material.

Es por ello que esta Alzada no comparte la argumentación expuesta en la decisión consultada, respecto a la ausencia de notificación oportuna al fiador de cualquier hecho que pudiera dar lugar al reclamo cubierto por dicho aval; por lo que con base en las normas y criterio jurisprudencial que rigen los contratos de fianzas precedentemente analizados, concluye que erró la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo al determinar que “(...) *la sociedad mercantil Nuevo Mundo International C.A., se encuentra exenta de pago alguno (...)*”, y con fundamento en el análisis que antecede, revoca lo decidido sobre este aspecto por la sentencia objeto de la presente consulta. **Así se decide.**

En consecuencia, se condena a la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., pagar al Estado Amazonas el monto correspondiente al reintegro del anticipo contractual avalado por la fianza de anticipo Nro. AN-0922-98, que no fue amortizado mediante la ejecución de obras por la firma personal Constructora Wilyavi F.P., que para el momento de interposición de la demanda era la cantidad de dieciocho millones setecientos diez mil cuarenta y cinco bolívares con dos céntimos (Bs. 18.710.045,02) y que expresada en el valor actual de nuestro cono monetario (luego de las reconversiones ocurridas durante los ejercicios fiscales 2008 y 2018), representan la suma de cero bolívares con diecinueve céntimos (Bs. 0,19); más los intereses e indexación monetaria generados sobre dicha suma, los cuales deberán ser determinados a través de la experticia complementaria ordenada en la sentencia Nro. 2017-00480 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 21 de junio de 2017 y calculados conforme a lo establecido para tales conceptos en la condenatoria de pago recaída sobre la deudora principal. **Así se decide.**

**-De “la Indexación de la cantidad que corresponde por concepto de intereses de mora”:**

En el numeral quinto del petitorio del escrito libelar, la accionante solicitó el pago de la suma que resulte de aplicar la actualización monetaria o indexación correspondiente a los montos demandados, entre los cuales ciertamente se encontraban los intereses de mora generados por las cantidades reclamadas por concepto del reintegro del anticipo contractual no ejecutado, así como en ejecución de la cláusula penal.

El fallo objeto de la presente consulta negó el pedimento relacionado con “(...) *la indexación de la cantidad que corresponde por concepto de intereses de mora (...)*”, indicando que los mismos no son susceptibles de indexación conforme al criterio sostenido por la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, contenido en la sentencia Nro. 438 del 28 de abril de 2009 (caso: *Giancarlo Virtoli Billi*).

A los fines de analizar este punto, se observa que en el escrito libelar, la representación judicial del Estado Amazonas solicitó se ordenara a las demandadas el pago de los siguientes conceptos:

“(…) PRIMERO: La suma de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL CUARENTA Y CINCO BOLIVARES CON UN CÉNTIMO (Bs. 18.710.045,01), que es el monto que resta del anticipo (...) cuyo reintegro es responsabilidad tanto de la contratista como de la afianzadora (...) SEGUNDO: La suma que resulte de calcular la devaluación monetaria que ha sufrido la cantidad de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL CUARENTA Y CINCO BOLÍVARES CON UN CÉNTIMO (Bs. 18.710.045,01) (...) hasta el momento que se haga efecti[vo] el reintegro de la cantidad entregada como anticipo para el cumplimiento del contrato, no ejecutada ni amortizada. TERCERO: Los intereses moratorios generados por la suma de DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL CUARENTA Y CINCO BOLIVARES CON UN CÉNTIMO (Bs. 18.710.045,01), que le quedaron a la contratista, del monto total del anticipo entregado para la ejecución del contrato. CUARTO: La cantidad de QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL SETECIENTOS CATORCE BOLÍVARES CON VEINTIOCHO CÉNTIMOS (Bs. 537.425.714,28), por concepto de cláusula penal (...) QUINTO: La suma que resulte de aplicar la actualización monetaria o indexación correspondiente a las sumas que se demandan y SEXTO: Las costas y costos judiciales que pueda generar este proceso (...)”. (Cantidades expresadas al valor que para ese momento tenía nuestro cono monetario).

Del documento parcialmente transcrito se desprende que en efecto, la demandante pretende el pago de las acreencias generadas por concepto del reintegro del anticipo contractual no ejecutado, los intereses de mora sobre tal deuda, la aplicación de la cláusula penal y la corrección monetaria sobre todos los montos reclamados, entre los cuales efectivamente se encuentran, pues, los intereses moratorios; en virtud de ello y por cuanto en el fallo consultado se aplicó un criterio establecido por la Sala Constitucional que, se entiende es vinculante, es por lo que esta Sala Político Administrativa confirma lo decidido sobre este punto en la sentencia revisada. **Así se decide.**

Finalmente, efectuado el examen de legalidad correspondiente, esta Alzada, conociendo en consulta de la sentencia Nro. 2017-0480 dictada el 21 de junio de 2017 por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, revoca parcialmente el fallo consultado únicamente respecto al punto a través del cual se determinó que “(...) *la sociedad mercantil Nuevo Mundo International C.A., se encuentra exenta de pago alguno (...)*”, siendo procedente la condenatoria de dicha empresa a pagar solidariamente el indicado monto no amortizado del anticipo avalado por la fianza de anticipo Nro. AN-0922-98, más los intereses moratorios e indexación sobre dicha cantidad que serán calculados a través de la experticia complementaria del fallo ordenada por el *a quo*, conforme a lo precedentemente expuesto. **Así se decide.**

#### IV DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1.- Que **PROCEDE** la consulta de la sentencia Nro. 2017-0480 de fecha 21 de junio de 2017 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que declaró parcialmente con lugar la demanda por “*reintegro e indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato*”, interpuesta por la abogada Cecilia del Valle Figuera, actuando con el carácter de sustituta del Procurador General del Estado Amazonas, en representación del **ESTADO AMAZONAS**, contra la firma personal **CONSTRUCTORA WILYAVI, F.P.**, y la empresa **NUEVO MUNDO INTERNACIONAL, C.A.**, antes identificados.

2.- **REVOCA PARCIALMENTE** el fallo consultado, únicamente respecto al dispositivo a través del cual la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo determinó que “(...) *la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional C.A., se encuentra exenta de pago alguno (...)*” y en consecuencia.

3.- **PARCIALMENTE CON LUGAR** la demanda.

4.- **CONDENA** a la sociedad mercantil Nuevo Mundo Internacional, C.A., a pagar al Estado Amazonas, la entonces cantidad de dieciocho millones setecientos diez mil cuarenta y cinco bolívares con dos céntimos (Bs. 18.710.045,02), que expresada en el valor actual de nuestro cono monetario representa la suma de cero bolívares con diecinueve céntimos (Bs. 0,19); monto correspondiente al reintegro del anticipo contractual avalado por la fianza de anticipo Nro. AN-0922-98, que no fue amortizado mediante la ejecución de obras por la firma personal Constructora Wilyavi F.P., más los intereses moratorios e indexación monetaria generados sobre dicha suma, que deberán ser determinados a través de la experticia complementaria ordenada en la sentencia Nro. 2017-00480 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo el 21 de junio de 2017 y calculados conforme a lo establecido para tales conceptos en la condenatoria de pago recaída sobre la deudora principal.

5.- **CONFIRMA** la decisión de negar el pago reclamado por concepto de “(...) *indexación de la cantidad que corresponde por concepto de intereses de mora (...)*”.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Notifíquese a la Procuraduría General del Estado Amazonas. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los catorce (14) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019). Años 209° de la Independencia y 160° de la Federación.

La Presidenta,  
**MARÍA CAROLINA  
AMELIACH VILLARROEL**

El Vicepresidente,  
**MARCO ANTONIO  
MEDINA SALAS**

La Magistrada,  
**BÁRBARA GABRIELA  
CÉSAR SIERO**

El Magistrado -  
Ponente  
**INOCENCIO  
FIGUEROA  
ARIZALETA**

La Magistrada,  
**EULALIA COROMOTO  
GUERRERO RIVERO**

La Secretaria,  
**GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD**

**En fecha quince (15) de mayo del año dos  
mil diecinueve, se publicó y registró la  
anterior sentencia bajo el N° 00240.**

La Secretaria,  
**GLORIA MARÍA BOUQUET FAYAD**